

J. pract 8^o 269 no

Schoch

Artikel 59
der
Schweiz. Bundesverfassung
vom 29. Mai 1874
betreffend den Schutz des Schuldners
beim Richter seines Wohnorts.

Dargestellt

von

ALBERT SCHOCH

Obergerichtssekretär, in Zürich.

Hottingen-Zürich.

Druck von Heinrich Zürcher

1882.

Art. 59 der Schweiz. Bundesverfassung

vom 29. Mai 1874

betreffend

den Schutz des Schuldners beim Richter seines Wohnorts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

hohen staatswissenschaftlichen Fakultät

der

UNIVERSITÄT ZÜRICH

vorgelegt und öffentlich vertheidigt den 18. Februar 1882

von

ALBERT SCHOCH

von Winterthur.

Hottingen-Zürich.

Druck von Heinrich Zürcher

1882.



Meinem hochverehrten Lehrer

Herrn Prof. Dr. J. J. Treichler in Zürich

in herzlicher Dankbarkeit gewidmet.

Vorwort.

Es mag auffallen, dass so kurze Zeit nach der Publikation der geistvollen, vom schweizerischen Juristenverein preisgekrönten Abhandlung von E. Roguin „L'art. 59 de la constitution fédérale, Etude critique de la jurisprudence du tribunal fédéral“, Laus. 1880, eine neue Darstellung dieser Rechtsmaterie erscheint. Die ausserordentliche Reichhaltigkeit des zu behandelnden Stoffes, welcher der Betrachtung stets neue Seiten bietet und noch manche ungelöste Fragen in sich birgt, vor allem aber das eminente Interesse, welches die Beleuchtung des für das schweizerische Rechtsleben so ungemein wichtigen Art. 59 für sich beanspruchen darf, scheinen diesen Versuch einer solchen zu rechtfertigen. Im Fernern dürfen wir uns berufen auf den voriges Jahr von Professor Carrard Namens der Preisjury des schweizerischen Juristenvereins in dessen Protokoll niedergelegten Ausdruck des Bedauerns, dass nicht auch von deutsch-schweizerischer Seite eine Darstellung des Art. 59 unternommen worden sei. Gewiss ist richtig, dass die Erkenntniss und Fortentwicklung unseres Bundesrechts nur gefördert werden kann durch den Austausch der Ideen und das Zusammenwirken romanischer und deutscher Jurisprudenz. In dieser Hinsicht bleibt uns nur die Befürchtung, dass dem von Herrn Carrard geäusserten Wunsche die Erfüllung heute in allzu unvollkommener Weise zu Theil werde.

Die vorliegende Arbeit ist als Doktor-Dissertation geschrieben, der Abschluss derselben hat sich indessen in Folge der Amtsgeschäfte des Verfassers während längerer Zeit verzögert. Es muss

dies einerseits zur Entschuldigung für eine vielleicht etwas ungleichmässige Behandlung des Stoffes und anderseits zur Erklärung dafür angeführt werden, dass die Entscheidungen des Bundesraths und der Bundesversammlung aus den Jahren 1863—1874 nicht aus der hierüber von Bundesrichter Hafner in der „Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege“ Bd. IV und V veranstalteten Sammlung citirt sind, sondern unmittelbar aus dem Bundesblatt selbst. Die Umschreibung der Citate würde beträchtliche Zeit in Anspruch genommen haben und musste deswegen zu unserm Bedauern unterbleiben. Für diese wie andere Mängel der Arbeit wenden wir uns an die Nachsicht des Lesers!

Zürich, im Dezember 1881.

A. Schoch,
Obergerichtssekretär.

Allgemeines Inhaltsverzeichniss.

(Spezielles Inhaltsverzeichniss am Schlusse.)

	Seite.
I. Kap. Einleitung. Vom Art. 59 im allgemeinen.	
§ 1. Zur Geschichte des Art. 59	1
§ 2. Die Bundesinstanz für Rekurse. Verfahren	6
§ 3. Einige allgemeine Fragen	11
§ 4. Ist der Art. 59 bloss im interkantonalen Rechtsverkehr anzuwenden?	22
§ 5. Verzicht auf die Garantie des Art. 59	30
§ 6. Anordnung der Darstellung	37
§ 7. Welche Rechtsnorm ist massgebend für die Beurtheilung der einzelnen Voraussetzungen des Art. 59?	38
§ 8. Die Beweislast	40
II. Kap. Domizil.	
<i>A. Das allgemeine bürgerliche Domizil.</i>	
§ 9. Der Begriff des festen Wohnsitzes	42
§ 10. Die Begründung des Domizils	46
§ 11. Die Aufhebung des Domizils	56
§ 12. Personen ohne Domizil	58
§ 13. Die Frage der mehreren Domizile	59
§ 14. Das Domizil der juristischen Personen	63
§ 15. Das gesetzliche oder nothwendige Domizil	67
<i>B. Spezialdomizile.</i>	
§ 16. Die Domizilerwählung	71
§ 17. Das Domizil für Handelssachen am Orte des Etablissements	74
§ 18. Das Spezialdomizil am Orte der Zweigniederlassung	81
§ 19. III. Kap. Zahlungsfähigkeit	86
IV. Kap. Die persönlichen Ansprachen.	
<i>A. Im allgemeinen.</i>	
§ 20. Wörtliche Interpretation des Art. 59	90
§ 21. Die Doktrin. Charakter und Wesen der persönlichen Ansprachen	92

	Seite.
<i>B. Ansprachen kontroverser Natur aus den einzelnen Rechtsgruppen.</i>	
§ 22. Obligationenrecht	99
§ 23. Sachenrecht	111
§ 24. Personen- und Familienrecht	126
§ 25. Erbrecht	131
V. Kap. Das Arrestverbot in Art. 59.	
§ 26. Bundeswidrige Arreste	138
§ 27. Vorenthaltung der Ausweisschriften	143
VI. Kap. Ueber die Zulässigkeit anderer Gerichtsstände als desjenigen des Wohnortes.	
§ 28. 1) Der vereinbarte Gerichtsstand	147
§ 29. 2) Der heimatliche Gerichtsstand	153
§ 30. 3) Der Gerichtsstand vertraglicher Verbindlichkeiten	155
§ 31. 4) Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, im strafprozessualischen und civilprozessualischen Sinne	158
§ 32. 5) Der Gerichtsstand des Sachzusammenhanges, der Adhäsion	162
§ 33. 6) Der Gerichtsstand der Widerklage	167
§ 34. 7) Der Gerichtsstand der belegenen Sache	170
§ 35. 8) Der Gerichtsstand des Arrestes	171
§ 36. 9) Der Gerichtsstand der Provokation	172
§ 37. 10) Der Gerichtsstand der Prävention	174
§ 38. 11) Passivstreitgenossenschaft und Streitverkündung	174
§ 39. 12) Der Gerichtsstand des Konkurses	177
§ 40. Kap. VII. Das Verbot des Schuldverhafts	184
<i>Schlussbetrachtung</i>	187

Abkürzungen.

- B.** = „Bundesblatt der schweiz. Eidgenossenschaft.“
B. G. = „Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts, Amtliche Sammlung.“
O. S. = „Offizielle Sammlung der das schweiz. Staatsrecht betreffenden Aktenstücke,“ III Bände, 1820, 1838, 1848.
A. S. = „Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der schweiz. Eidgenossenschaft,“ 10 Bände, Bern 1850—1872.
A. S. N. F. = „Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der schweiz. Eidgenossenschaft. Neue Folge.“
E. = „Erwägung.“
U. = Ullmer, „Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden aus den Jahren 1848—1843,“ 2 Bände, Zürich 1862 und 1866. — Die nach „U.“ folgende Zahl ist diejenige der Nummer des Präjudizes, die in Klammer beigesetzte bezeichnet das Jahr, in welchem die betreffende Entscheidung erlassen wurde.
Blumer = Blumer, „Handbuch des Schweiz. Bundesstaatsrechts.“ Citirt ist die zweite Auflage, resp. die Umarbeitung des Werkes durch Bundesgerichtspräsident Dr. J. Morel.
Kaiser = Simon Kaiser, „Schweiz. Staatsrecht“, Buch I.
-

Errata.

Seite 46, erste Zeile oben, soll es heissen: § 10 VII statt § 10 Note 31.

Seite 63 am Schluss von § 13 soll es heissen: bundesrechtliche statt bundesrätliche.

Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.

Art. 59.

„Der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht, und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen ausser dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden.“

„Vorbehalten bleiben mit Bezug auf Ausländer die Bestimmungen bezüglichlicher Staatsverträge.“

„Der Schuldverhaft ist abgeschafft.“

I. Kapitel. Einleitung.

Vom Art. 59 im Allgemeinen.

§. I. Zur Geschichte des Art. 59.

I.¹⁾ Kaum wird es im schweizerischen Rechte eine Satzung geben, welche so tief im Rechtsbewusstsein des Volkes wurzelt, wie der Art. 59 der Bundesverfassung, welcher dem Bürger den Schutz bei seinem natürlichen Richter zusichert. Die Volksthümlichkeit dieses Rechtssatzes mag schon im innern Werthe desselben begründet sein, völlig erklärt wird dieselbe aber nur durch die Thatsache, dass das in jener Verfassungsvorschrift niedergelegte Prinzip seit Jahrhunderten in der schweizerischen Eidgenossenschaft zu Recht bestanden hat ²⁾ und dem Volke durch die Macht der Gewohnheit lieb und werth

¹⁾ cf. zum Folgenden Blumer S. 412 ff. Dubs, Das öffentliche Recht der Eidgenossenschaft II. S. 140 ff. A. Heusler, Das Forum contractus und das Schweiz. Bundesrecht i. d. Zeitschrift für Schweiz. Recht. Bd. XXI S. 23 ff. Bluntschli, Geschichte des Schweiz. Bundesstaatsrechts Bd. II (Urkundenbuch) — namentlich aber Welti, Der Gerichtsstand in Forderungsstreiten nach den bis 1798 abgeschlossenen eidgenössischen Staatsverträgen. (Diss.) Bern 1880.

²⁾ Zwar nicht als gemeineidgenössisches Recht; denn solches konnte in der alten Eidgenossenschaft, als einem nicht durch eine gemeinsame Verfassung, sondern bloss durch eine Reihe von Verträgen unter den verschiedenen Bundesgliedern lose zusammengehaltenen Staatenbund, nicht oder doch nur insoweit zu Stande kommen, als von sämtlichen Ständen Verträge mit auswärtigen Staaten abgeschlossen wurden. Dies hat Welti in seiner eben citirten, höchst bemerkenswerthen Abhandlung in sehr präziser und klarer Weise gezeigt. Aus dem reichen Detail heben wir Folgendes hervor:

a. Die Zeit der VIII alten Orte: die IV Waldstätte, Zürich, Zug und Bern haben direkt oder indirekt (durch das Pfändungsverbot) die Garantie des heimischen Richters; Glarus dagegen nicht. b. Die Zeit der XIII Orte: Der für alle Orte mit Ausnahme von Bern verbindliche Pfaffenbrief und ähnlich der Sempacherbrief, behalten ausdrücklich die alten Bundesbriefe vor, so

geworden ist. Der im Art. 59 der Bundesverfassung sanktionirte Rechtssatz steht im engen Zusammenhang mit der Geschichte der Eidgenossenschaft und die Anfänge seiner Entwicklung reichen zurück bis an die Wiege des schweizerischen Bundes. Versuchen wir es, in gedrängten Zügen wenigstens die Marksteine in der Geschichte seines Werdens zu zeigen.

Schon der erste Bundesbrief der Eidgenossen vom 1. August 1291 enthielt in Art. 10 folgende Bestimmung:

„Insuper nullus capere debet pignus alterius nisi sit manifeste debitor vel fidejussor, et hoc tantum fieri debet de licencia sui judicis speciali.“ — Das Nämliche besagt die zweite Bundesurkunde, vom 9. Christmonat 1315, mit den Worten: „Ez sol ouch nieman den andern phenden, er si danne gelte oder burge, vnd sol dannoch tuon nit wan mit sines Richters vrlovbe.“ — Die gleiche Bestimmung kehrt wieder im ewigen Bund der Reichsstadt Zürich mit den vier Waldstätten, vom 1. Mai 1351, wo es in Art. 15 heisst: „Es soll ouch nieman, so in dirre buntnisse ist den andern verhefften noch verbieten. Wan den rechten gelten oder burgen, so im darumb gelobet hat an alle geuerde.“

In diesen Vorschriften ist nun allerdings nicht unmittelbar vom Richter des Wohnortes die Rede, dem Wortlaute nach liegt in denselben nichts weiter als ein Verbot der Pfändung von Personen oder Sachen, gegeben zum Schutze des freien Verkehrs unter den Bundesgenossen. Diesen gegenüber wurden damit die in jenen Zeiten überall üblichen Pfändungen und der damit in Verbindung stehende Gerichtsstand des Arrestes, welche als ein Hemmschuh des Verkehrs empfunden wurden, beseitigt.³⁾ In diesem zuerst als Regel und sodann

dass für die VIII alten Orte der bisherige Rechtszustand forterhalten blieb. Den neuen Orten, Fréiburg, Solothurn, Schaffhausen und Appenzell wurde dagegen der Gerichtsstand des Wohnortes als gemeinsames Recht zugesichert und gegenüber Basel war dies schon bei dessen Aufnahme in den Bund geschehen. Wenn nun auch die Bestimmungen, welche den Schutz beim einheimischen Richter zum Ziele haben, manigfache Verschiedenheiten zeigen, und auch der Bereich ihrer Geltung jeweilen ein äusserst verschiedener ist, so lebt in denselben doch der nämliche Rechtsgedanke, und dieser darf daher in einem weitern Sinne wol als ein Satz alteidgenössischen Rechtes bezeichnet werden.

³⁾ Schon diese Verträge und sodann auch die spätern nennen Ausnahmefälle, in denen die Pfändung erlaubt war. Nach Welti (a. a. O. S. 22 ff.) sind diese Ausnahmen folgende:

1. für die „gelobete Schuld“, das heisst die vor dem Richter an seinen Richterstab gelobete und damit exequirbar gemachte Schuld.

ganz allgemein geltenden Pfändungsverbote war nun aber stillschweigend und thatsächlich auch schon das Gebot des heimischen Gerichtsstandes enthalten.⁴⁾ Dem Mittelalter war ja das Institut der Rechtshilfe nicht bekannt, und weil damals kein Richter ein fremdes Urtheil vollzogen haben würde, so hatte das Prozessiren nur da einen Sinn, wo sich Vermögensstücke des Beklagten vorfanden, auf welche eventuell Exekution zu erlangen war. Wurde nun der Arrest, d. h. die Vermögensbeschlagnahme, ausser dem Wohnort des Schuldners als unzulässig erklärt, so blieb dem Gläubiger eben nichts Anderes übrig, als sich mit seiner Ansprache an den heimatlichen Richter des Beklagten zu wenden. — Bald wurde dieser Grundsatz, ursprünglich eine blosser Folge des Arrestverbotes, auch ausdrücklich anerkannt. Zum ersten Male ist derselbe ausgesprochen im Bunde mit der Reichsstadt Zürich, vom Jahre 1351, wo es in Art. 12 heisst: „Es sol ouch kein leye dem andern so in dirre buntnisse sind vmb kein gelt schuld vff geistlich gericht laden, Wann jederman sol von dem andern Recht nemen an den stetten vnd in dem gericht, da der ansprechig denn seshaft ist vnd hingehöret.“⁵⁾ Das

2. Für Schulden, bei denen der Debitor dem Gläubiger von vornherein das Recht der Pfändung eingeräumt hatte.

3. Für „gichtige Schulden“, „gichtig Geld“, „debitum confessum“, „unlougembare Schulden“ („manifeste debitor“, „Gelte“), das heisst unbestrittene vor Gericht zugestandene Schulden. Die Schuldurkunden wurden „confessata“ genannt. Auf dieser Pfändung für unbestrittene Schulden beruht jetzt noch das schweizerische Betreibungsverfahren.

4. Für die „kuntliche Schuld“, das heisst die durch glaubhafte Urkunden, *litterae fide dignae* oder Zeugnis liquide Schuld.

Welti zeigt, dass das in dieser Weise statuierte Pfändungsrecht in der alten Eidgenossenschaft gewissermassen den Art. 61 der heutigen Bundesverfassung vertrat, welcher die Vollziehbarkeit rechtskräftiger Civilurtheile in der ganzen Schweiz sichert. In den spätern Staatsverträgen, namentlich denjenigen mit Frankreich fehlen diese Ausnahmen und wird die Pfändung dagegen wegbedungen. Dieselben sind auch im schweizerischen Recht im Laufe der Zeit immer mehr zurückgetreten und endlich grösstentheils verschwunden. cf. Heusler a. a. O.

⁴⁾ Anderer Ansicht Welti S. 55—59.

⁵⁾ „Sesshaft ist“ und „hingehöret“ sind nicht identisch, in den spätern Verträgen heisst es statt „und“ „oder“. Ersteres bezeichnet das Domizil, letzteres den Bürgerort. In der Regel war das erstere für den Gerichtsstand massgebend, ausnahmsweise der Heimatort, dann nämlich, wenn derselbe entweder durch einen vorgehenden Staatsvertrag vorgeschrieben war oder sich aus einem über den Staatsverträgen stehenden königlichen Privilegium, insbesondere dem *priv. de non evocando* ergab. cf. Welti S. 59 ff.

Arrestverbot und die Zusicherung des heimatlichen Richters wurden dann in fast wörtlicher Wiederholung dieser Bestimmungen beinahe in allen spätern Bundesbriefen aufgenommen. Wir finden dieselben im Bunde der drei Länder mit der Stadt Bern vom 5. März 1353, demjenigen zwischen Bern und Zürich vom 22. Januar 1423, im ewigen Bund der X Orte mit Basel, vom 8. Juni 1501, und im „Burg- und Landrecht“ der Eidgenossen mit Appenzell, vom 22. Nov. 1411, bestätigt den 16. Nov. 1426. Auch der Pfaffenbrief, vom 7. Okt. 1370, enthält die Zusicherung des heimischen Richters. — Aehnliche Bestimmungen enthalten ferner die Verkommnisse mit den zugewandten Orten, so u. A. die „ewige Freundschaft“, welche die Stände Zürich, Bern, Luzern, Schwyz, Zug und Glarus im J. 1454 mit der Stadt St. Gallen schlossen, ebenso der Bundesvertrag mit dem Zehngerichten-, Gotteshaus- und Grauen Bund, vom J. 1497, der Bund der XIII Orte mit Mühlhausen vom 19. Januar 1515, der mit Rothweil vom 6. April 1407, mit Biel vom J. 1352, mit Solothurn vom J. 1382 und mit dem Oberwallis vom J. 1495. Auch in verschiedenen Staatsverträgen mit dem Auslande begegnen wir der Gewährleistung des Richters des Wohnortes, so namentlich im Capitulat der XIII Orte mit Mailand vom J. 1552, ferner in der sog. „Ewigen Richtung“, wodurch bekanntlich die Verhältnisse der Eidgenossenschaft zu Oesterreich abschliesslich geordnet wurden, im Bundesvertrag der Eidgenossen mit Ludwig XIV., vom J. 1663, im „Ewigen Burgrecht“ der evangelischen Stände und im Bund der katholischen Orte mit Ludwig XIV. vom J. 1715, endlich in allen seither mit Frankreich abgeschlossenen Staatsverträgen.

II. In der neuern Zeit haben diese Grundsätze zuerst wieder Ausdruck gefunden im Konkordat „Ueber das Forum des zu belangenden Schuldners“, vom 15. Juni 1804, bestätigt am 8. Juli 1818, welches von allen Ständen angenommen wurde. Hier wird festgesetzt, „dass der sesshafte aufrecht stehende Schuldner, den alten Rechten gemäss⁶⁾, vor seinem natürlichen Richter⁷⁾ ge-

⁶⁾ Damit ist angedeutet, dass das althergebrachte Pfändungsrecht für liquide Schulden, welches im einzelnen freilich kontrovers geworden war, fortbestehen solle.

⁷⁾ Es kann kein Zweifel darüber bestehen, dass hier unter dem „natürlichen Richter“ derjenige des Wohnortes gemeint ist. Für die ältere Zeit, als die Niederlassung ausserhalb der Bürgergemeinde noch eine ziemlich seltene Ausnahme war, und das Domizil daher in der Regel mit der Heimat zusammenfiel, mag es dagegen richtig sein, unter dem „natürlichen Richter“ über-

sucht werden müsse und in Fällen von Schuldbetreibungen von einem Eidgenossen gegen den andern darnach zu verfahren sey.“⁸⁾ — Der Entwurf einer Bundesverfassung vom J. 1833 enthielt den nämlichen Grundsatz mit folgenden Worten: „Der sesshafte, aufrechtstehende Schuldner muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden.“ Die Verfassungsrevisionskommission vom J. 1848 nahm das Prinzip mit dem gleichen Wortlaute auf, fügte aber noch bei: „und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen kein Arrest gelegt werden.“ Der in dieser Weise formulirte Rechtssatz erhielt, mit einer kleinen, von der solothurnischen Gesandtschaft beantragten Redaktionsänderung, die Genehmigung der Tagsatzung und gieng als Art. 50 in die Bundesverfassung vom J. 1848 über, nunmehr lautend: „Der aufrechtstehende, schweizerische Schuldner, welcher einen festen Wohnsitz hat, muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht, und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen ausser dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden.“ — Bei den Revisionsverhandlungen von 1871/72 wurde der Art. 50 in unveränderter Form beibehalten; doch erhielt derselbe, auf Antrag von Nationalrath Eytel, den Zusatz: „Der Schuldverhaft ist abgeschafft.“ — Bei der Bundesrevision von 1873/74 nahmen die Rätthe eine neue Fassung des Einganges vor, wodurch die in der Schweiz domizilirten Ausländer den Schweizerbürgern gleichgestellt wurden.⁹⁾ — Endlich wurde noch ausdrücklich beige-

haupt den heimischen und im Zweifel denjenigen des Bürgerortes zu verstehen. cf. Dubs a. a. O. II, S. 144, und insbesondere Nüscheler, „Beiträge zur Geschichte des heimatlichen Gerichtsstandes“. Diss. Zürich 1880. S. 65 ff. 116. — Im Staatsvertrag der katholischen Orte mit Frankreich, vom 9. Mai 1715, Art. 30, findet sich ebenfalls der Ausdruck „juge naturel“, jedoch, dem französischen Wortgebrauch entsprechend, mit der Bedeutung des Wohnsitzrichters. cf. Curti, Der Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869, Diss. Zürich 1879, S. 13. Unter dem „ordentlichen Richter“ wird immer derjenige des Wohnortes verstanden. Dieser Ausdruck kommt schon im „Burg- und Landrecht“ der VI katholischen Orte mit Wallis vom 12. Mai 1529 vor und sodann („juge ordinaire“) im Vertrag von Bern mit Savoyen, vom 23. Juni 1627. cf. Welti S. 74.

⁸⁾ Die nämliche Bestimmung enthält das am gleichen Tage abgeschlossene „Konkordat betr. gerichtliche Betreibungen und Konkurse.“ O. S. I. 283.

⁹⁾ cf. B. G. I 226 E. 1, II 65 E. 1, f. 213, III 230 E. 3, IV 29 E. 1, VI 361. Ausländer, welche in der Schweiz kein Domizil besitzen, können dagegen den Art. 59 nicht anrufen, so wenig als Schweizer im gleichen Fall. B. 1865 II 474 E. 2, in S. Jansen, 1872 II 485—487, 1874 IV 18 ff. B. G. I 123 E. 2,

fügt: „Vorbehalten bleiben mit Bezug auf Ausländer die Bestimmungen bezüglich Staatsverträge“, — womit die Priorität dieser letztern gegenüber dem Art. 59 in klarer Weise festgestellt ist.

§ 2. Die Bundesinstanz für Rekurse. Verfahren.

I. Nach der Bundesverfassung vom J. 1848 waren Beschwerden über die Verletzung des Art. 50 (jetzt 59) an den Bundesrath zu richten. Dies ergibt sich aus Art. 90 l. 2 der B. Verf. und aus Art. 29 des Bundesgesetzes vom 16. Mai 1849. „Ueber die Organisation und den Geschäftsgang des Bundesrathes.“ Den Parteien stand gegen den Entscheid des Bundesrathes noch der Rekurs an die Bundesversammlung offen. B. Verf. Art. 74 Ziff. 15. Letztere konnte entweder selbst entscheiden oder, wozu ihr durch Art. 115 der B. Verf. das Recht gegeben war, den Entscheid dem Bundesgericht übertragen. Das Nämliche galt für Beschwerden über Verletzung anderer durch die Bundesverfassung, Bundesgesetze resp. -Beschlüsse oder Konkordate garantirter individueller Rechte. Dem Bundesrath erwuchs hiemit die hohe Aufgabe eines Schirmherrn äusserst wichtiger Rechte der Schweizerbürger. Vor seine Instanz gelangten bald zahlreiche Beschwerden über Verletzungen dieser Rechte, hauptsächlich aber des Art. 50, und der Bundesrath nahm in Folge dessen die Stellung eines über wichtige Fragen entscheidenden, einflussreichen Gerichtshofes ein. Seine Rechtssprechung stand nach dem Zeugnisse der Zeitgenossen in hohem Ansehen und allgemeiner Achtung. Der bewährteste Kenner der Bundesacta von

IV 409 E. 3, 627 E. 4. cf. Rüttimann, Nordamerikanisches Bundesstaatsrecht Bd. II. 1. Abth. S. 161.

In Folge des Staatsvertrages mit Frankreich vom 15. Juni 1869, über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urtheilen in Civilsachen, erleidet die Regel der Gleichstellung des Ausländers mit dem Schweizerbürger folgende Ausnahme. Wenn ein in der Schweiz domicilirter Franzose für persönliche Ansprachen von einem in Frankreich wohnenden Franzosen vor einem französischen Gericht belangt wird, so kann er sich nicht auf den Art. 59 der B. Verf. berufen. cf. den Entscheid des Bundesrathes und der Bundesversammlung i. S. Gaillard aîné, Petit et Halbon. B. 1874 I, 445—451. II, 499, 500. cf. Roguin, „L'art. 59 de la constitution fédérale“. Lausanne 1880. S. 20. Streitig ist, ob auch ein Nichtfranzose und Nichtschweizer, welcher in Frankreich wohnt, einen in der Schweiz wohnenden Franzosen für persönliche Ansprachen vor einem französischen Gericht belangen könne. Roguin bejaht die Frage, anderer Ansicht ist Curti. a. a. O. S. 156 ff.

1848, der um das schweiz. Bundesrecht hoch verdiente Dr. Blumer schreibt: „Die Entscheidungen des Bundesrathes über die ihm eingehenden Rekurse haben sich bisher fast durchgehends ungetheilten Beifalles erfreut, der Unparteilichkeit, der Schärfe und Richtigkeit des Urtheiles wie dem praktischen, auf angemessene Weiterbildung des Bundesrechts bedachten Sinn, der sich darin kund gibt, wurde die verdiente Anerkennung zu Theil.“¹⁾ Gewiss Vielen aus dem Herzen gesprochen sind auch die folgenden Worte Blumer's: „Wir dürfen freilich hier den Mann nicht unerwähnt lassen, dem das hauptsächlichste Verdienst an diesem Erfolge des Bundesrathes zukommt. Es ist dies der selige Dr. Furrer, der bis zu seinem im J. 1861 eingetretenen Tode das eidgenössische Justizdepartement besorgte.“ Schön und warm sagt ein Biograph des grossen Staatsmannes: „Furrer's Urtheile sind rühmliche Denkmale eines eben so gerechten als erleuchteten Geistes.“²⁾

Bald nach dem Inkrafttreten der Bundesverfassung von 1848 machte man indessen die Erfahrung, dass das System der Entscheidung der Rekurse durch Bundesrath und Bundesversammlung an manchen Missständen leide. Zunächst musste es als etwas äusserst Bedenkliches erscheinen, dass einer politischen, resp. Verwaltungsbehörde das Recht gegeben war, gerichtliche Urtheile umzustossen, im grellen Gegensatz zu dem mit Recht hochgehaltenen, weil für

¹⁾ cf. Blumer, a. a. O. 1. Aufl. I. S. 204. Es verdient angeführt zu werden, dass die Bundesversammlung beinahe immer im Falle war, die Entscheide des Bundesrathes zu bestätigen. So wurden von den in den Jahren 1848—1858 an die Bundesversammlung gezogenen 22 Rekursen nur deren 5 begründet erklärt und von den 9 Rekursen des Jahres 1869 nur ein einziger. Hier ist noch zu bemerken, dass während den 25½ Jahren des Bestehens der alten Bundesverfassung circa 2470 Rekurse an den Bundesrath gelangten, wovon sich etwa 540, also ungefähr 22%, auf den Art. 50 bezogen.

²⁾ Die im schweiz. Bundesblatt jeweilen abgedruckten Entscheide des Bundesrathes bilden ein überaus reiches und manigfaltiges Material für die Interpretation des Art. 59. Die Benützung dieser Präjudizien ist wesentlich erleichtert durch die verdankenswerthe Zusammenstellung derselben in dem bekannten vortrefflichen Werke Ullmer's: „Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden“ 2 Bd. 1862 und 1866. Leider reicht diese Sammlung nur bis zum Jahr 1864 und wurde deren Weiterführung im Jahre 1878 von der Bundesversammlung abgelehnt. Um so mehr ist es zu begrüßen, dass Herr Bundesrichter Hafner es unternommen hat, in der „Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege“ eine Zusammenstellung der spätern bundesrätlichen Entscheidungen zu veranstalten, Zeitschrift Bd. IV. S. 1—40, 225—308. 371—430. V, S. 22—101.

die bürgerliche Freiheit fundamentalen Grundsatz der Trennung der Gewalten. Auch durfte man sich nicht verhehlen, dass der Bundesrath nach der Art seiner Zusammensetzung denn doch nicht den speziellen Anforderungen entsprechen konnte, welche an ein Richterkollegium gestellt werden müssen, und zudem war derselbe mit wichtigen anderweitigen Geschäften überhäuft. Noch offener traten diese Mängel bei der Bundesversammlung, als der Rekursinstanz, zu Tage, deren ständige Traktanden die „Rekurse“ bildeten. Hier besonders lag die Gefahr einer Geschäftsverschleppung, ungenügenden Aktenstudiums, der Theilnahmslosigkeit, ja der Missverständnisse sowol in faktischer als namentlich in rechtlicher Beziehung vor. Auch die Beeinflussung des Entscheides durch politische Motive war nicht ausgeschlossen und oft drängte die Nothwendigkeit der Einigung die Räthe zu einem Kompromiss, wo doch das Recht allein hätte walten sollen; konnte aber ein übereinstimmender Beschluss nicht erreicht werden, was mehr als ein Mal vorkam, so verblieb es einfach beim bundesräthlichen Entscheid, wesshalb in solchen Fällen das Recht der zweiten Instanz illusorisch wurde. Die Bestimmung des Art. 105 der B. Verf., wonach die Bundesversammlung den Entscheid einzelner Rekurse dem Bundesgerichte delegiren konnte, erwies sich als gänzlich unpraktisch, so dass von derselben während des vollen Vierteljahrhunderts des Bestehens der alten Bundesverfassung nur ein einziges Mal, im J. 1851, im Rekursfalle Dupré Gebrauch gemacht wurde, und zwar erst nach langen Debatten. Es ist daher zu begreifen, dass in Bälde namentlich aus juristischen Kreisen Worte herber Kritik und bittere Klagen über das geltende Verfahren laut wurden.³⁾ An Anregungen zur Reform fehlte es freilich nicht und im Schoosse der Bundesversammlung selbst wurde eine solche nicht weniger als drei Male mit grossem Aufwande von Zeit und Arbeit versucht, indessen immer ohne Erfolg; denn die konstitutionellen Schranken waren zu eng gezogen, als dass es hätte gelingen können, zu erheblichen Verbesserungen zu gelangen.

II. Eine durchgreifende Reform war nur zu erreichen durch die

³⁾ cf. namentlich G. Vogt „Das eidgenössische Rekurswesen und dessen Reform“ in der „Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins“ Bd. IV. S. 1 ff., Blumer 1. Aufl. I, 199, 200, 2. Aufl. I, 203 ff. 242 ff. S. Kaiser, Schweiz. Staatsrecht I, 263, Dubs (anonym), „Zur Bundesrevision“, 1865, S. 23 ff. Delapalud „Considérations sur la proposition d'un Code de Commerce Suisse.“ Genf 1863 S. 93. Munzinger „Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit.“ 1871 S. 90 ff.

gesetzliche Ueberweisung sämtlicher Beschwerden über Verfassungsverletzungen an das Bundesgericht. Hierauf hatte schon im J. 1831 Dr. Kasimir Pfyffer hingewiesen in seinem denkwürdigen „Zuruf an den eidgenössischen Vorort Luzern“, und die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit dieser Reform brach sich in immer weitem Kreise Bahn. Der Wunsch jenes edeln Patrioten sollte aber erst im J. 1874 in Erfüllung gehen, als das neue Bundesgericht geschaffen wurde. Es galt als selbstverständlich, dass diesem die Entscheidung der „Rekurse“ überwiesen wurde, womit endlich einem längst unhaltbar gewordenen Zustande das Ende bereitet war.

Die Kompetenz des Bundesgerichts ist durch folgende Bestimmungen festgesetzt:

Art. 113 der Bundesverfassung:

„Das Bundesgericht urtheilt . . .

2) über Streitigkeiten staatsrechtlicher Natur zwischen den Kantonen;

3) über Beschwerden betr. Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger, sowie über solche von Privaten über Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen.“

„Vorbehalten sind die durch die Bundesgesetzgebung näher festzustellenden Administrativstreitigkeiten.“

„In allen diesen Fällen sind jedoch die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Beschlüsse, sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend.“

Die nähere Ausführung von Art. 113 Ziff. 3 cit. gibt Art. 59 des „Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege“ vom 27. Brachmonat 1874, welcher lautet:

„Endlich beurtheilt das Bundesgericht Beschwerden von Privaten und Korporationen betreffend:

a) Verletzungen derjenigen Rechte, welche ihnen entweder durch die Bundesverfassung und die in Ausführung derselben erlassenen Bundesgesetze oder durch die Verfassung ihrer Kantone gewährleistet sind, —

b) Verletzungen von Konkordaten und Verkommnissen unter den Kantonen, sowie von Staatsverträgen mit dem Auslande, — vorausgesetzt, dass im einen oder andern Falle diese Beschwerden gegen Verfügungen kantonaler Behörden gerichtet sind und inner-

halb 60 Tagen, von der Eröffnung der letztern an gerechnet, eingereicht werden.“

III. Ueber das Rekursverfahren enthält das „Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege“ folgende Vorschriften:

Art. 61. „Die staatsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts erfolgen in der Regel bloss auf Grundlage eines schriftlichen Verfahrens. Die einlangenden Beschwerden werden der Gegenpartei, oder, wenn keine solche vorhanden, den Behörden, gegen welche sie gerichtet sind, zur Vernehmlassung mitgetheilt. Nach empfangener Antwort kann der Instruktionsrichter, sofern er es für nöthig erachtet, Replik und Duplik anordnen. Er sorgt zugleich für Erhebung der nöthigen Beweismittel. Ausnahmsweise kann, wenn eine Partei es verlangt und besondere Gründe dafür vorliegen, das Bundesgericht eine mündliche Schlussverhandlung anordnen.“

Art. 62. „Für die Entscheidung staatsrechtlicher Streitigkeiten sollen der Regel nach weder Gerichtsgebühren bezogen noch Parteientschädigungen zugesprochen werden. Doch kann das Gericht Ausnahmen machen in Fällen, wo die Anhebung oder Veranlassung des Streites oder die Art der Prozessführung es rechtfertigen sollte.“

Art. 63. „Der Präsident des Bundesgerichts ist befugt, auf Ansuchen einer Partei diejenigen Verfügungen zu treffen, welche die Festhaltung des bestehenden Zustandes erfordert. Diese Verfügungen sind dem Gericht bei seiner nächsten Sitzung zur Genehmigung vorzulegen.“

IV. Es entsteht hier die Frage, ob Beschwerden über die Verletzung des Art. 59 der B. Verf. unmittelbar an das Bundesgericht gebracht werden können oder erst dann, wenn die kantonalen Rechtsmittel gegen die beanstandete Verfügung erschöpft sind? — Aus den citirten Vorschriften lässt sich hierüber nichts entnehmen. An und für sich möchte es nun richtiger scheinen, die Berufung an den obersten Gerichtshof bloss gegen letztinstanzliche Entscheidungen der kantonalen Behörden zu gestatten. In diesem Falle wäre jedoch der Bürger gezwungen, vor dem nach seiner Ansicht inkompetenten Richter einen Kompetenzstreit zu führen, und zwar nöthigenfalls durch sämtliche kantonale Instanzen. Dies wäre offenbar gegen den Sinn und Geist des Art. 59, dessen Zweck ja gerade dahin geht, den Bürger bei seinem natürlichen Richter zu schützen; die Garantie des letztern würde erheblich an Werth verlieren, wenn das Recht zur Beschwerde vor Bundesgericht an die bezeichnete Voraus-

setzung geknüpft wäre. — Es verdient daher alle Anerkennung, dass schon der Bundesrath dahin entschieden und stets daran festgehalten hat, es sei zulässig, den Rekurs gegen die Verletzung des Art. 59 unmittelbar vor die Bundesbehörde zu bringen. Diese Praxis ist sodann auch vom Bundesgericht aufgenommen worden, und der genannte Satz darf als einer der festesten des Bundesrechtes gelten.⁴⁾ Eine blossse Konsequenz hievon ist es, dass der Rekurrent sich um die peremptorischen Fristen, welche das kantonale Recht für die Ergreifung von Rechtsmitteln etwa aufstellt, nicht zu bekümmern braucht.⁵⁾ Wer aber zunächst bei den kantonalen Behörden Schutz gesucht hat, muss den Entscheid dieser letzteren abwarten, bevor er sich an das Bundesgericht wenden darf.⁶⁾

§ 3. Einige allgemeine Fragen.

I. Unter „Gerichtsstand“ versteht man die Verpflichtung einer Person, einen konkreten Rechtsstreit vor einem bestimmten Gericht behandeln und entscheiden zu lassen. Die entsprechende Befugniss des Gerichts zur Erledigung des betreffenden Falles heisst „Zuständigkeit“ oder „Kompetenz.“ Hand in Hand mit der Gerichtspflichtigkeit des Beklagten beim zuständigen Gericht geht dessen Recht, anderswo, d. h. vor einem inkompetenten Gericht, nicht Rede

⁴⁾ U. 542 (1849), 289 (1850), 356, 919 E. 1 (1854), 210 (1856), 302 (1855, 1856, 1858), 900 E. 4 (1856), 281 E. 1 (1857), 261, 357 (1858), 903 E. 1, 905 (1861), 907 (1862), 866 E. 8, 909 E. 3 (1863), B. 1864 II, 272 ff., 1865 II 150 E. 4, 171 E. 4, 177 E. 1, 184 E. 5, 1866 I 437, 1867 I 604 E. 1, 1872 II 418 E. 1, 918, 1873 I 351. Geschäftsbericht pro 1873 S. 368 E. 2, B. G. I 176 E. 4, II 211 E. 2, 229 E. 1, 369 E. 2, III 53 E. 1, IV 556 E. 1, 579, V, 172 E. 1. Auch Beschwerden über Verletzung von Art. 59 l. 3, das Verbot des Schuldverhaftes betreffend, können unmittelbar ans Bundesgericht gezogen werden. B. G. V 314 E. 2. — Anders verhält es sich bei der im Staatsvertrag mit Frankreich, vom 15. Juni 1869 aufgestellten Garantie des Wohnsitzrichters, wenigstens französischerseits. Nach Art. 12 dieses Vertrages muss gegenüber Verfügungen eines für inkompetent gehaltenen französischen Gerichtes bei diesem selbst das Rechtsmittel der opposition eingelegt und eventuell auf dem Wege des ordentlichen Instanzenzuges verfolgt werden. cf. Curti a. a. O. S. 146 und die dort citirten Präjudizien. Nach Art. 11 des Staatsvertrages soll der französische Richter indessen die Kompetenzfrage von Amtswegen prüfen. cf. Curti S. 141.

⁵⁾ U. 302 (1855, 1856, 1858), 900 E. 4 (1856), 864 E. 2. (1862), B. 1865 II, 150 E. 4.

⁶⁾ B. G. IV, 579.

stehen zu müssen. — Der Art. 59 stellt den Satz auf, dass der aufrechtstehende und in der Schweiz domizilierte Schuldner „für persönliche Ansprachen“ vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden müsse. Damit ist, beim Zusammentreffen jener beiden Voraussetzungen in der Person des Schuldners, das Gericht seines Wohnortes als ausschliesslich zuständig erklärt für „persönliche Ansprachen.“ Die statuierte Kompetenz des Wohnsitzrichters bleibt demnach beschränkt auf eine bestimmte Art von Klagen, die persönlichen Ansprachen. Hierin unterscheidet sich das in Art. 59 der B. Verf. aufgestellte Forum vom forum domicilii des römischen und gemeinen Rechts. Letzteres ist bekanntlich ein forum generale, vor welches der Regel nach alle Streitigkeiten gebracht werden können, und nur solche nicht, welche ausnahmsweise ausschliesslich an einen besondern Gerichtsstand gewiesen sind.

II. Nach Art. 3 der B. Verf. sind die Kantone „souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist.“ Mit a. W., die Bundesverfassung bildet das oberste und Grundgesetz der Schweiz. Schon daraus folgt, dass alle mit der Bundesverfassung in Widerspruch stehenden Bestimmungen der kantonalen Gesetzgebung von vornherein nichtig sind. Dies ist ferner ausdrücklich festgesetzt in Art. 2 der Uebergangsbestimmungen der B. Verf., mit den Worten: „Diejenigen Bestimmungen der eidgenössischen Gesetzgebung, der Konkordate, der kantonalen Verfassungen und Gesetze, welche mit der neuen Bundesverfassung im Widerspruch stehen, treten mit Annahme derselben . . . ausser Kraft.“ — Hieraus ergibt sich, dass der Art. 59 allen entgegenstehenden kantonalen Rechtssätzen derogiert. Diesem Satz haben die Bundesbehörden immer mit aller Konsequenz Durchbruch verliehen.¹⁾ — Wie verhielte es sich, wenn durch die Bundesgesetzgebung seit 1874 ein dem Art. 59 entgegenstehender Grundsatz sanktioniert würde? Diese Frage ist entschieden durch die Bundesverfassung in Art. 113, Schlusssatz; hiernach sind für das Bundesgericht „die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Be-

¹⁾ U. 247, 252, 854 E. 1 (1849), 305 E. 5, 900 E. 2 (1855), 281 E. 4 (1857), 305 E. 4 (1858), 254 E. 3, 284, 883 E. 2 (1860), 914 (1862), 881 E. 2 (1863), B. 1865 II, 175 E. 2. 3, 756, 1866 I 457, 1868 III 155—160, 1872 III 241 E. 1, 1874 III 989, B. G. I 136, 175 E. 2, II 50 E. 1, III 61. —

schlüsse, sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge“ massgebend.“²⁾

III. Anderseits reicht die Herrschaft des Art. 59 selbstverständlich nicht über das Gebiet der Eidgenossenschaft hinaus. Wenn daher der schweizerische Schuldner wegen persönlicher Ansprachen vor ein ausländisches Gericht geladen wird, so kann ihm die Berufung auf den Art. 59 nichts nützen und falls er dort Vermögen besitzt, so wird er sich die Exekution auf dasselbe gefallen lassen müssen. — Wie steht es aber, wenn für ein ausländisches Civilurtheil, welches nicht am *forum domicilii* erlassen wurde, in der Schweiz die Vollziehung nachgesucht wird; genügt alsdann der Nachweis, dass das ausländische Gericht nach seinem Gesetz kompetent war? — Das Bundesgericht hat in einem Spezialfalle die Frage bejaht³⁾, davon ausgehend, dass der Art. 59 sich nicht auf den internationalen Rechtsverkehr beziehe und daher durch Exekution eines Civilurtheiles der bezeichneten Art nicht verletzt werde. — Wir halten diese Entscheidung, welche von Roguin einer äusserst herben Kritik unterzogen wird, ebenfalls für ganz unrichtig. Im genannten Falle hätte es ja in der Macht der Schweiz gelegen, dem Art. 59 Geltung zu verschaffen und da dieser dem Schuldner für persönliche Ansprachen ganz allgemein den Gerichtsstand des Wohnorts zusichert, so darf derselbe auch verlangen, dass er hiebei soweit als möglich geschützt werde. Ein dem Art. 59 widersprechendes Urtheil einer schweizerischen Gerichtsstelle könnte nicht vollzogen werden.⁴⁾ Sollte nun die Schweiz, ohne durch Staatsvertrag hiezu verpflichtet zu sein, einem ausländischen Urtheil grössere Kraft zugestehen, zum Schaden ihrer Bürger? — Wie später auszuführen sein wird, erklärt die bundesrechtliche Praxis auf Grund des Art. 59

²⁾ Im gegentheiligen Sinne hat sich bekanntlich das nordamerikanische Bundesstaatsrecht entwickelt. cf. Rüttimann a. a. O. I, 344 ff. und Blumer I, 179. In der Schweiz ist diese Frage mit Bezug auf Art. 59 unseres Wissens noch nie aktuell geworden. Hiezu dürfte indessen das „Bundesgesetz über den Geschäftsbetrieb von Auswanderungsagenturen“ vom 24. Christmonat 1880, resp. Art. 17 desselben Veranlassung geben, welcher lautet: „Entschädigungsklagen von Auswanderern oder ihren Rechtsnachfolgern sind bei dem zuständigen Gerichte des Kantons anzubringen, in welchem der Vertrag schriftlich abgeschlossen worden ist.“ Mit dieser Bestimmung ist ein nach unserer Ansicht mit Art. 59 unverträgliches *forum contractus* geschaffen worden. cf. unten § 30 I.

³⁾ i. S. Kobelt B. G. IV., 230 E. 3. cf. hiezu Roguin a. a. O. S. 83 ff.

⁴⁾ cf. Blumer S. 280.

das *forum contractus* im interkantonalen Rechtsverkehr als unzulässig. Gewiss würde es nun das Rechtsgefühl verletzen, wenn dagegen das Erkenntniss eines deutschen Gerichtes, welches auf Grundlage des dort geltenden *forum contractus* ausgefällt wurde, vollzogen werden wollte; hiezu würde aber das in jenem Urtheil enthaltene Prinzip führen.

IV. Oft ist wegen Verletzung des Art. 59 von irgend jemand Anderm als dem Schuldner resp. Beklagten rekurrirt worden, namentlich vom Kläger, sei es nun, dass das Gericht sich von Amtswegen als inkompetent erklärte oder auf Grund der Inkompetenz-Einrede des Beklagten. Die Bundesbehörden haben indessen Beschwerden anderer Personen als des Beklagten immer abgewiesen und stets dahin entschieden, dass einzig und allein dem Beklagten das Recht zustehe, den Art. 59 anzurufen.⁵⁾ Gewiss ist diese Interpretation in Uebereinstimmung mit dem Sinn und Geist der Bundesvorschrift. Diese spricht nur vom Schutz des Schuldners bei seinem natürlichen Richter und bildet nur für diesen eine Garantie. Wenn der Beklagte sich aber weigert, an seinem Wohnorte Recht zu nehmen und hiebei obsiegt, so kann von einer Verletzung des Art. 59 offenbar nicht gesprochen werden. Mit a. W.: Art. 59 begründet nicht eigentlich einen „Gerichtsstand“, d. h. eine Gerichtspflichtigkeit des Beklagten. Wol aber ist der Beklagte auf Grund des regelmässig von der kantonalen Prozessgesetzgebung aufgestellten Gerichtsstandes des Wohnortes zur Einlassung am *forum domicilii* verpflichtet. Der Entscheid über diese Gerichtspflichtigkeit bleibt indessen, da dieselbe nicht auf einer Bundesvorschrift beruht, ausschliesslich Sache der kantonalen Behörde. — In gleicher Weise verhält es sich mit dem im Nachsatze des Art. 59 aufgestellten Arrestverbote. Nur der Schuldner und Beklagte, gegen den wegen einer persönlichen Ansprache Arrest gelegt worden, kann sich beschweren, nicht dagegen andere Personen. Will daher der Schuldner einem seiner Gläubiger gestatten, gegen ihn einen bundeswidrigen Arrest zu legen,

⁵⁾ U. 292 E. 1 (1856), 865 E. 3 (1862), 867 E. 1, 857 E. 2 (1863), B. 1867 I, 610 E. 5, 1869 I, 980, B. G. I, 142 E. 3, VI, 200 E. 2. cf. Rüttimann nordam. Bundesstaatsrecht II. Bd. I. Abth. S. 161. Roguin S. 13 ff. Eine Beschwerde, worin der Rekurrent anführte, er sei seinem natürlichen Richter dadurch entzogen worden, dass das fremde Gericht ein ihm zustehendes Privatrecht adhäsionsweise im Kriminalprozess für ungültig erklärt habe, wurde vom Bundesrath und Bundesversammlung abgewiesen; weil Petent in dem betreffenden Prozesse nicht Beklagter gewesen sei. B. 1865 II, 187 III, 198 i. S. Sturzenegger.

so erwächst seinen übrigen Kreditoren hieraus kein Einspruchrecht.⁶⁾ Ebensowenig kann der Eigenthümer resp. Miteigenthümer der gepfändeten Sache, falls er nicht zugleich Beklagter ist, sich auf den Art. 59 berufen; dieser würde daher zur Vindikationsklage greifen müssen.⁷⁾ — Vom Bundesrath ist endlich von jeher dahin entschieden worden, die Beschwerde wegen bundeswidrigen Arrestes könne nur von demjenigen Schuldner, welchem Eigenthum resp. ein anderes dingliches Recht an der verarrestirten Sache zusteht, angehoben werden.⁸⁾ Zur Begründung wurde angeführt, dass andere Personen an der Aufhebung des Arrestes kein rechtliches Interesse haben. Letzteres scheint nicht richtig; denn es vermag auch ein bloss obligatorisches Recht auf die Sache, z. B. dasjenige des Käufers oder Miethers, ein rechtliches Interesse zu begründen, und wenn man hievon ausgeht, so muss dem Schuldner, wenn er auch nur ein obligatorisches Recht auf die gepfändete Sache nachzuweisen vermag, der Schutz des Art. 59 zu Theil werden.

V. Der Ansprecher wird in verschiedener Weise gegen den Schuldner vorgehen, je nachdem er bei diesem Widerspruch erwartet oder nicht. Hält er die Ansprache für unbestritten oder doch für liquid, so wird er sofort zum Vollziehungsverfahren, mit a. W. zur Schuldbetreibung schreiten. Der Rechtstrieb ist gemäss Art. 59 am Wohnorte des Schuldners anzuheben.⁹⁾ Die Richtigkeit dieses Satzes scheint sich aus dem Wortlaute jener Verfassungsvorschrift ohne Weiteres zu ergeben. Auch hierüber sind indessen Zweifel laut geworden und man hat insbesondere eingewendet, die Betreibung an einem andern Orte könne dem Schuldner nicht schaden, weil ihm das Recht zustehe, dieselbe durch Rechtsvorschlag zu hemmen. Schon dieser letztere qualifizirt sich aber als eine Vertheidigung, und hiefür ist dem Schuldner durch Art. 59 der Gerichtsstand des Wohnortes zugesichert. — Nach dem Rechte der meisten Kantone ist das Betreibungsverfahren auf Pfändung gerichtet, d. h. auf amtlichen Beschlag einzelner Aktiven des Schuldners mit dem

⁶⁾ B. 1865 II, 170, B. G. IV, 18.

⁷⁾ U. 918 (1863) und B. G. I, 245.

⁸⁾ U. 301 (1854), B. 1856 I, 512, U. 910 E. 2. (1856), 320 E. 1. (1857), 311 (1858), 913 (1862), 917 (1863); B. 1872 III, 782 E. 3. Hiernach schlägt sich der Beschwerdeführer selbst, wenn er, wie oft geschehen, um den Arrest zu eliminiren, sich darauf beruft, dass die gepfändete Sache ihm nicht gehöre. Das dingliche Recht ist natürlich bestrittenenfalls vom Rekurrenten nachzuweisen.

⁹⁾ B. 1865 II 172 E. 1, 1868 II 264 E. 5, 1869 I 979 E. 5.

Zwecke, dem Gläubiger Deckung zu verschaffen. Die Pfändung und die Realisirung der Pfänder kann nach der Natur der Sache und den Grundsätzen der Territorialhoheit nur von demjenigen Vollziehungsbeamten vorgenommen werden, in dessen Sprengel die betreffenden Sachen des Schuldners liegen und ist von diesem nöthigenfalls durch das Mittel der Rechtshülfe zu erwirken. Im übrigen sind für alle Betreibungshandlungen die Behörden des Wohnorts des Schuldners zuständig. — In andern Kantonen, so bekanntlich im Aargau, geht die Betreibung unmittelbar auf den Konkurs und dieser bildet ferner auch da, wo zunächst auf Pfänder exequirt wird, in der Regel das letzte Stadium der Betreibung. Auch das Konkursverfahren, welches die Vertheilung des gesammten Vermögens des Schuldners unter seine Gläubiger bezweckt, ist ein Exekutionsprozess (die Generalexekution). Im Konkurse wird der Gemeinschuldner von allen seinen Gläubigern für ihre Ansprachen „gesucht“, und nach Art. 59 ist daher einzig der Richter des Wohnorts des Schuldners kompetent zur Eröffnung und Durchführung des Konkurses über denselben. Dieser Satz darf als in der Bundespraxis durchaus feststehend betrachtet werden.^{10. 11)}

¹⁰⁾ U. 890 (1854), 288 (1860), B. 1867 I. 330, 1868 II, 474—476 E. 1. 6. 1869 I, 984 E. 6. Geschäftsbericht 1873 S. 378. B. G. I, 203—209. III, 495, V. 184. cf. Simon Kaiser a. a. O. III S. 181. Gaulis i. d. Zeitschr. d. schweiz. Juristenvereins Bd. XIII, S. 34. Feigenwinter a. a. O. S. 34. Auch der Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869 setzt für den Konkurs den Gerichtsstand des Wohnortes fest (Art. 6). cf. Curti S. 128. Nach den beiden über Konkursrecht abgeschlossenen Konkordaten von 1804 und 1810, an welchen sämtliche Kantone ausser Schwyz und Appenzell I.-Rh. Theil nehmen, ist der Konkurs am Wohnsitz des Schuldners zu eröffnen und durchzuführen. cf. unten § 39 III.

¹¹⁾ Keine wahre Ausnahme ist es, wenn nach der Bundespraxis, wie später auszuführen sein wird (in § 39 III), den Kantonen das Recht gegeben wird, über die auf ihrem Gebiete befindlichen Liegenschaften eines auswärts domicilirten Schuldners einen sog. „Separatkonkurs“ abzuhalten; denn dieser letztere ist in Wirklichkeit nicht ein Konkurs, d. h. nicht die Generalexekution auf das Vermögen des Gemeinschuldners, sondern eine blosse Spezialexekution für die Ansprachen der Hypothekargläubiger, was sich darin zeigt, dass ein allfälliger Ueberschuss des Versilberungserlöses an die Konkursbehörde des Wohnsitzes des Schuldners abzuliefern ist. Im Widerspruch mit jenem Prinzip scheint uns dagegen die bundesrechtliche Praxis zu stehen, wornach über das kaufmännische Etablissement und die Zweigniederlassung am Sitze dieser Institute ein Separatkonkurs zu veranstalten ist, neben dem über den Inhaber an dessen persönlichen Wohnort stattfindenden Konkurs. cf. §. 39 II.

Ist die Ansprache illiquid, so muss dieselbe zunächst durch rechtskräftiges Urtheil festgestellt werden. Zur Erreichung dieses Zieles hat der Ansprecher den Rechtsweg des Prozesses zu betreten. In diesem Fall ist also der Prozess die Form, in welcher die Ansprache geltend gemacht und der Schuldner „gesucht“ wird. Für den Prozess über persönliche Ansprachen ist zufolge Art. 59 nur der Richter des Wohnorts des Schuldners zuständig.¹²⁾ — Dies erscheint so sehr als selbstverständlich, dass man kaum begreift, wie hierüber Zweifel auftauchen konnten. Ist es ja doch recht eigentlich der Prozess, für welchen der Schuldner vor dem Richter gesucht werden muss, und sind die persönlichen Ansprachen in Art. 59 ganz ausdrücklich an den Richter des Wohnortes gewiesen.

VI. Der Richter des Wohnsitzes, bei welchem laut Art. 59 der Rechtsstreit über persönliche Ansprachen angebracht werden muss, hat Kompetenz über die ganze Sache. Im Prinzip kann dies jedenfalls nicht bestritten werden, hingegen gibt die Anwendung dieses Satzes zu Kontroversen Anlass. Zunächst ist zu bemerken, dass zum Ganzen des Prozesses auch die Einreden gehören, denn letztere sind keine selbständigen Angriffe (keine „Ansprachen“), sondern bloss Vertheidigungsmittel gegen den Angriff, und daher ein Bestandtheil des Prozesses über die Ansprache. Dies ist auch die Anschauung des Bundesgerichts, welches insbesondere erkannt hat, es müsse speziell die Einrede der Compensation zugleich mit der Klage behandelt werden.¹³⁾ Zweifelhafter verhält es sich in dieser Hinsicht mit der Widerklage; hierauf kann indessen erst später eingetreten werden (in § 33). Als blosser Theil des Hauptprozesses stellt sich ferner dar die Entscheidung über „Zwischenfragen“ oder „Inzidenzpunkte“ („demandes incidentes“), welche im Laufe des Prozesses zur Sprache kommen, wie z. B. Kautionsbegehren, Anträge im Beweisverfahren u. s. w. Der Bundesrath hat wiederholt entschieden, dass die Kompetenz des Richters der Hauptsache sich auch auf derartige Nebenpunkte erstrecke.¹⁴⁾ Hieher gehören ferner auch alle den Prozess einleitenden oder vorbereitenden Handlungen. Auch diese sind am Forum der Hauptsache zu betreiben, so namentlich provisorische Massnahmen zur Sicherstellung des bestehenden Zu-

¹²⁾ B. 1854 II 53, 54, U. 250 (1858), B. 1865 II 184.

¹³⁾ B. G. II 207, VII 21.

¹⁴⁾ U. 225 E. 12 (1854), 877 E. 3 (1863), B. 1867 I 610 E. 4.

standes, Beweisaufnahmen zum ewigen Gedächtniss.¹⁵⁾ Derartige Begehren können daher, wenn der Beklagte sie stellt, auch ausser dem Wohnort des Klägers angehoben werden.¹⁵⁾

Wenn das Klagepetitum im Endurtheil grundsätzlich gutgeheissen, hiebei aber der Umfang der Leistungspflicht des Beklagten nicht genau fixirt, sondern einer diesfälligen Uebereinkunft zwischen den Parteien oder der Feststellung in einem spätern Rechtsverfahren vorbehalten wird, und es hierüber wieder zum Streite kommt, so ist dieser nach der bundesräthlichen Praxis als eine Fortsetzung des frühern Prozesses zu betrachten und im nämlichen Forum zu behandeln wie jener. In diesem Sinne hat der Bundesrath in zwei Fällen entschieden, — das erste Mal anlässlich des Rekurses Plüss, wobei es sich im Nachprozess um das Quantitativ der dem Kläger im Hauptprozess prinzipiell zuerkannten Entschädigung handelte, — und sodann in dem ähnlichen Rekursfalle Cottier.¹⁶⁾ Die Richtigkeit dieser Praxis scheint uns nicht ausser Zweifel zu stehen; dieselbe begegnet dem Einwand, dass der Prozess durch das rechtskräftige Urtheil endgültig erledigt ist und daher neue, wenn auch verwandte Begehren Gegenstand einer neuen Klage bilden, so dass die Frage wol nur die ist, ob nicht wegen des Sachzusammenhanges der Gerichtsstand des ersten Rechtsstreites sich auf den zweiten erstrecke. So gestellt muss die Frage aber verneint werden. Siehe hierüber § 32. Das Bundesgericht scheint jedoch die bundesräthliche Praxis aufnehmen zu wollen, indem dasselbe sich dahin ausgesprochen hat, dass eine nach Erledigung des Ehescheidungsprozesses anhängig gemachte Klage auf Alimentationsbeiträge für die Kinder aus der geschiedenen Ehe und auf Entschädigung wegen verschuldeter Scheidung vor dasjenige Forum gehöre, welches die Scheidungsklage behandelt habe.¹⁷⁾ — In diesem Zusammenhange mag noch folgende Entscheidung des Bundesrathes Erwähnung finden. In einem Prozesse war zwischen den Parteien ein Vergleich geschlossen worden. Vor endgültigem Austrag der Sache entstand wieder Streit über die Interpretation dieses Vergleiches. Nun stritten die Parteien darüber, ob der Richter des Prozesses auch kompetent sei, über den Sinn des erfolgten Vergleiches zu urtheilen. Der

¹⁵⁾ B. 1862 II 242 ff., 1865 II 187, 1875 II 590. Betreffend die Provokation zur Klage siehe § 36.

¹⁶⁾ U. 285 (1859) i. S. Plüss, 889 (1863) i. S. Cottier.

¹⁷⁾ B. G. III 50 E. 1, 2.

Bundesrath bejahte die Frage, davon ausgehend, dass die diesfällige Verhandlung als integrierender Bestandtheil des durch den Vergleich noch nicht erledigten frühern Streites, als die Fortentwicklung eines und desselben Prozesses zu betrachten sei.¹⁸⁾ Wir halten diese Entscheidung ebenfalls nicht für richtig.

VII. Auch in den schweizerischen Prozessrechten gilt der Satz des gemeinen Civilprozesses: „Ubi coeptum semel iudicium ibi et finem accipere debet.“ Mit a. W.: Das einmal kompetent gewordene Gericht bleibt zuständig, wenn auch hinterher der Kompetenzgrund wegfallen sollte. Ist nun diese Regel durch den Art. 59 beseitigt und der Schuldner, welcher nach angelegter Betreibung resp. nach der Litiskontestation seinen Wohnsitz verändert, befugt, beim Richter des alten Domizils die gerichtsablehnende Einrede einzulegen? Die Bundesbehörden haben diese Frage von jeher verneinend entschieden.¹⁹⁾ Gewiss mit vollem Recht; denn jene Regel folgt aus dem Anspruch des Klägers, dass der einmal anhängige Prozess da, wo derselbe angehoben ist, behandelt und entschieden werde. Zudem erheischt das öffentliche Interesse, dass die Thätigkeit der Gerichte nicht unnütz in Anspruch genommen werde, und dies wäre der Fall, wenn eine bereits theilweise verhandelte Sache wegen Inkompetenz einem andern Richter überwiesen werden müsste. Hiezu tritt noch ein weiteres Motiv; eine gegentheilige Praxis würde in der Regel nur dazu dienen, trölerhaften Schuldnern Vorschub zu leisten, indem solchen dadurch ein oft leichtes Mittel an die Hand gegeben wäre, durch den Wechsel ihres Wohnorts den Gläubiger zur Anhebung eines neuen Rechtsverfahrens zu zwingen, dem sie sich möglicherweise wieder durch die Flucht entziehen könnten, um derart die Zahlung willkürlich hinauszuschieben.

VIII. In der bundesrechtlichen Praxis begegnen wir oft der Erscheinung, dass vom Rekurrenten neben dem Art. 59, als mehr oder weniger gleichbedeutend mit diesem, auch der Art. 58 der B. Verf. angerufen wird, und hie und da citirt der Beschwerde-

¹⁸⁾ B. 1870 II 154 ff.

¹⁹⁾ U. 288 E. 4, 863 E. 2 (1860), B. 1862 II 242 ff., 1864 II 242 ff., 516 ff., 658 ff., 825 (i. S. Butlar), 1867 I 603, 604, 1869 I 48, 982 E. 2—4, III 633 E. 1, 1872 III 241. Geschäftsbericht 1873 S. 367 E. 2, B. 1875 II 587, B. G. III 39 E. 2, 253 E. 3, 447 E. 4, 452 E. 2, 618 E. 2, IV 220 E. 1, 221 E. 4, 568 E. 3, V 168 E. 2, 3. Vergl. f. oben V und hiezu B. G. VI 188. cf. Roguin, S. 95.

föhrer zur Unterstützung seiner Berufung auf den Art. 59 sogar die Art. 61 und 46 der B. Verf. Dies veranlasst uns, mit wenigen Worten auf das Verhältniss der drei bezeichneten Verfassungsvorschriften zum Art. 59 einzugehen.

Art. 58 der B. Verf. lautet: „Niemand darf seinem verfassungsmässigen Richter entzogen und es dürfen daher keine Ausnahmsgerichte eingeföhrt werden. Die geistliche Gerichtsbarkeit ist abgeschafft.“ — Es ist nun oft behauptet worden, jeder gemäss Art. 59 der B. Verf. inkompetente Richter sei ein verfassungswidriger Richter im Sinne von Art. 58, und letztere Bestimmung enthalte daher insoweit eine Wiederholung resp. Bestätigung des Art. 59. Diese Auffassung ist indessen, wie heutzutage niemand mehr bestreitet, gänzlich falsch. Was unter verfassungswidrigem Richter zu verstehen sei, zeigt der Nachsatz des Art. 58, wo als Folgerung aus dem Principe des verfassungsmässigen Richters (mit dem Wort „daher“ angedeutet) festgesetzt wird: „es dürfen . . . keine Ausnahmsgerichte eingeföhrt werden.“ Der Art. 58 ist somit gegen Ausnahmstribunale gerichtet, und hierunter sind solche Gerichte zu verstehen, welche nicht in verfassungs- und gesetzmässiger Weise bestellt sind, d. h. nicht nach der über den Gerichtsorganismus geltenden objektiven Regel, sondern mit Umgehung der Verfassung und Gesetze des Landes, mit vorübergehender Bestimmung für einzelne konkrete Fälle errichtet werden. Offenbar ist aber der bloss inkompetente Richter desswegen nicht weniger ordentlicher Richter und keineswegs Ausnahmsrichter. Die Frage der Kompetenz wird daher vom Art. 58, der nur verfassungswidrige Richter ausschliesst, gar nicht beröhrt.²⁰⁾

Art. 61: „Die rechtskräftigen Civilurtheile, die in einem Kanton gefällt sind, sollen in der ganzen Schweiz vollzogen werden können.“ Diese Verfassungsvorschrift redet ausschliesslich von der Vollziehung rechtskräftiger Civilurtheile und nicht vom Gerichtsstand. Zum Art. 59 steht die genannte Bestimmung indessen in einer gewissen innern Beziehung, insofern als Civilurtheile, welche von einem inkompe-

²⁰⁾ cf. Blumer 446, Dubs II 148, B. G. I 131, 134, III 215—226, 446, 624, VI 524 E. 1. Verfassungswidrige Richter waren beispielsweise die von der Regierung des Kantons Freiburg in Folge des Aufstandes vom 22. April 1853 aufgestellten Kriegsgerichte; dieselben wurden vom Bundesrath durch Beschluss vom 3. Juni 1853 aufgehoben. cf. S. Kaiser I 112.

tenten Richter ausgefällt worden sind, niemals als rechtskräftig gelten.²¹⁾

Art. 46.: „In Beziehung auf die civilrechtlichen Verhältnisse stehen die Niedergelassenen in der Regel unter dem Rechte und der Gesetzgebung des Wohnsitzes. Die Bundesgesetzgebung wird über die Anwendung dieses Grundsatzes, sowie gegen Doppelbesteuerung die erforderlichen Bestimmungen treffen.“ — Hiermit ist für das vom Bunde zu erlassende Gesetz über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen als Regel aufgestellt, dass die letztern unter das Recht und die Gesetzgebung ihres Wohnsitzes zu stellen seien; vom Gerichtsstande ist hier wiederum nicht die Rede.²²⁾ Nach den in der Bundesversammlung über die Vollziehung des Art. 46 l. 1 gepflogenen Verhandlungen²³⁾ zu schliessen, darf indessen als wahrscheinlich betrachtet werden, dass in dem zu erlassenden Ausführungsgesetz nicht bloss Bestimmungen über das für die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen massgebende Gesetz und

²¹⁾ cf. Blumer 274 ff., insbes. S. 279. Blumer behandelt den Art. 61 im Kapitel „Von der Handhabung der Rechtsordnung im Innern“, den Art. 59 bei „Garantirte Rechte der Schweizerbürger“.

²²⁾ B. G. III 215 E. 1.

²³⁾ Der vom Bundesrath ausgearbeitete Entwurf eines Bundesgesetzes „über die civilrechtlichen Verhältnisse der schweizerischen Niedergelassenen und Aufenthalter“ vom 25. Oct. 1876 wurde vom Nationalrath im Dezember gl. J., vom Ständerath im Juni 1877 in Berathung gezogen, im Dezember 1877 aber von beiden Räthen auf unbestimmte Zeit verschoben. Die Verhandlungen wurden neuerdings aufgenommen in der Dezembersession 1879. Der Nationalrath nahm sodann nach langwierigen Debatten die Gesetzesvorlage mit 84 gegen 21 Stimmen an, der Ständerath dagegen beschloss die Rückweisung der Vorlage an den Bundesrath „zur Wiedereinbringung im geeigneten Zeitpunkt“, und diesem Beschlusse trat schliesslich der Nationalrath am 17. Dez. 1879 bei. Ueber die nämliche Gesetzesmaterie hatten schon im Jahre 1862 im Schoosse der Bundesversammlung lange und mühsame Debatten stattgefunden, im Anschlusse an einen bundesräthlichen Entwurf eines Gesetzes betreffend „Ordnung und Ausscheidung der interkantonalen Niederlassungsverhältnisse.“ Auch damals scheiterte die Gesetzesvorlage in letzter Stunde an der Opposition des Ständerathes. Die bezüglichen Aktenstücke sind abgedruckt bei Ullmer a. a. O. II, S. 413—431. Hier ist endlich noch daran zu erinnern, dass im J. 1866 der Bundesrevisionsantrag, dass die Kompetenz des Bundes auf die genannten Rechtsmaterien auszudehnen sei, vom Schweizervolke verworfen wurde. Alle diese Ereignisse zeigen, mit welch ausserordentlichen Schwierigkeiten die Ausführung des Art. 46 l. 1. verbunden ist, dieselbe wird wol schwerlich gelingen vor der bundesgesetzlichen Normirung des in diese Fragen vielfach einschneidenden Obligationenrechts.

Recht, sondern auch solche über den Gerichtsstand Aufnahme finden werden. Die auf dem Wege der Bundesgesetzgebung etwa noch einzuführenden Normen über den Gerichtsstand dürfen aber mit dem Art. 59, als einer Verfassungsvorschrift, jedenfalls nicht im Widerspruch stehen.

§ 4. Ist der Art. 59 bloss im interkantonalen Rechtsverkehr anzuwenden?

I. Die Bundesbehörden haben den Art. 59 von jeher dahin ausgelegt, dass der Schuldner nur dann Anspruch auf den Gerichtsstand des Wohnorts habe, wenn er vor dem Gerichte eines fremden Kantons belangt wird, d. h. eines solchen, in welchem er nicht wohnt, dass ihn jene Bundesvorschrift dagegen nicht davor schütze, vor irgend einem anderweitigen Gericht seines Wohnsitzkantones, als demjenigen seines Wohnortes, ins Recht antworten zu müssen.¹⁾ Man hat dies kurz dahin ausgedrückt, dass der Art. 59 nur auf den „interkantonalen Rechtsverkehr“ Bezug habe.²⁾

Nach der bundesrechtlichen Praxis ist es den Kantonen demnach gestattet, mit Bezug auf ihren inneren Rechtsverkehr für persönliche Ansprachen auch andere Gerichtsstände als denjenigen des Wohnorts festzusetzen, so namentlich auch das *forum contractus*. (cf. Art. 2 der Uebergangsbestimmungen der B. Verf. und die Präjudizien in Note 1.) Diese Praxis hat in der Literatur des Bundesrechts im Ganzen Beistimmung gefunden, doch ist dieselbe nicht völlig unangefochten geblieben³⁾ und es erscheint daher am Platze, auf eine nähere Prüfung der angeregten Frage einzutreten.

¹⁾ U. 246, 247, 854 (1849), 861 (1859), B. 1865 II 183 E. 3, 1870 II 146 E. 2, 713, 714, 1871 II 380, 382 E. 3, 1872 II 713, 1873 IV 176, 1874 III 989, B. G. I 136—139, II 40 E. 1, 2, 50 E. 1, III 22 E. 2, 54 E. 4, IV 230 E. 3. — In gleicher Weise wird Art. 46 l. 2 der B. Verf., wo vom Schutze gegen Doppelbesteuerung die Rede ist, von der bundesrechtlichen Praxis nur auf interkantonale Verhältnisse bezogen. B. G. I 51 E. 1, 59 E. 2, 66 E. 3, II 187 E. 1, 385 E. 2, IV 523, V 2.

²⁾ Unrichtig ist dagegen folgende, in Entscheidungen sowol des Bundesrathes als auch des Bundesgerichts anzutreffende Ausdrucksweise: „Der Art. 59 gelte nicht im Rechtsverkehr zwischen Einwohnern desselben Kantons“; denn auf den Wohnort des Klägers kommt es überall nichts an.

³⁾ Für dieselbe namentlich Roguin S. 72—83, Blumer S. 417 und Rüttimann, Nordamerik. Bundesstaatsrecht II 1. Abth. S. 161. cf. f. Dubs a. a. O. II 148. — Dagegen S. Kaiser a. a. O. I 176, 177, ferner neuerdings A. Heusler

II. Zur Begründung jener Interpretation führt das Bundesgericht an: „Es sprechen eine Reihe von Momenten dafür, dass der Art. 59 der B. Verf. sich nicht mit der Gerichtsorganisation im Innern der Kantone befassen will, sondern sich nur auf interkantonale Rechtsverhältnisse beziehe. Während nämlich bezüglich der Rechtsverhältnisse der letztern Art die Regelung des Gerichtsstandes schon desshalb nothwendig war, weil die Gesetzgebungen der einzelnen Kantone über das Gebiet derselben hinaus keine rechtlichen Wirkungen beanspruchen können und sodann ferner mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der kantonalen Gesetzgebungen die Vorschrift, dass der Schuldner für persönliche Forderungen nicht vor das Gericht eines andern Kantons geladen werden könne, von grossem Werthe sein musste, war dagegen keinerlei Bedürfniss vorhanden, ausnahmsweise den Gerichtsstand für Civilprozesse zwischen Einwohnern desselben Kantons durch die Bundesverfassung zu ordnen, indem die Einwohner eines Kantons in der Regel der gleichen Gesetzgebung und der gleichen obersten Gerichtsbehörde unterworfen sind und es daher von keinem erheblichen Belang ist, vor welchem kantonalen Bezirksgericht ein Prozess erstinstanzlich verhandelt werde.“

— „Auch der Wortlaut des Art. 59 spricht entschieden hiefür; denn da derselbe nicht bloss den einfachen Satz aufstellt, der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz habe, müsse für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnorts gesucht werden, sondern fortfährt: ‚und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen ausser dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden‘, so kann schon nach der Fassung dieses Artikels keinem begründeten Zweifel unterliegen, dass derselbe lediglich interkantonales Recht schaffen und nicht auf die Rechtspflege im Innern der Kantone einwirken soll.“⁴⁾

III. Dieses Raisonement scheint uns indessen nicht vollkommen zutreffend, und zwar sowol mit Rücksicht auf die Argumentation über die ratio legis, als auch bezüglich der wörtlichen Interpreta-

in der Abhandlung „Das forum contractus und das schweizerische Bundesrecht“ i. d. Zeitschrift f. Schweiz. Recht, Bd. XXI S. 58—61 und 81, Anm. 1, Prof. König, cf. Carrard, Protokoll des Schweiz. Juristenvereins 1880 S. 10.

⁴⁾ B. G. I 138. Den nämlichen Gedankengang verfolgen auch die Entscheidungen des Bundesrathes. cf. Heusler a. a. O. S. 59, 60.

tion. In ersterer Hinsicht möchten wir denn doch bezweifeln, ob es für den Bürger nicht von erheblichem Werth sei, nur vor dem Richter seines Wohnorts statt in irgend einem andern Bezirk seines Wohnsitzkantons ins Recht antworten zu müssen. Wer hätte nicht beobachtet, dass fast jedermann grosses Gewicht darauf legt, seine Rechtssachen dem Richter seines Wohnortes vorzulegen! Dieser ist der „natürliche“ Richter, jeder entferntere, sei es auch ein solcher des gleichen Kantons, erscheint gewissermassen als ein fremder. Ferner wird die Vertheidigung durch die Nothwendigkeit, vor einem entfernten Richter erscheinen resp. handeln zu müssen, immer erschwert und unter Umständen bedeutend vertheuert. Man denke beispielsweise an den Fall, wo ein Bürger von Dissentis ins Unterengadin oder ein Berner Jurassier vor ein Gericht des Oberlandes vorgeladen wird. Ein schlechter Trost alsdann, dass jener Richter doch noch ein solcher des eigenen Kantons sei! Man wird kaum in Abrede stellen können, dass für den Schuldner immerhin ein erhebliches Interesse besteht, den Art. 59 auch für den Rechtsverkehr im Innern der Kantone angewendet zu sehen. — Was so dann die wörtliche Interpretation des Art. 59 anbelangt, so können wir auch hier der Auffassung des Bundesgerichts nicht beipflichten. Zwar ist richtig, dass der Nachsatz des Art. 59, welcher das Arrestverbot beschränkt auf Arreste, ausser dem Kanton, in welchem der Schuldner wohnt, sich durch das Wort „daher“ (franz. Text: „en conséquence“) als eine Folgerung aus dem ersten und Hauptsatz zu erkennen gibt. Es sollte desshalb logischer Weise das zunächst aufgestellte Gebot des Gerichtsstandes des Wohnorts ebenfalls nur für interkantonale Verhältnisse ausgesprochen sein.⁵⁾ Da dies nicht geschehen ist, so besteht zwischen den beiden Sätzen eben ein innerer Widerspruch⁶⁾, oder vielmehr war es unrichtig, das Wort „daher“ aufzunehmen und damit den Nachsatz, als eine Konsequenz des Vordersatzes zu bezeichnen. An und für sich betrachtet aber ist jeder der beiden Sätze durchaus klar, und es wird daher offenbar dem Art. 59 ein Zwang angethan, wenn man, wie seitens der Bundesbehörde geschieht, den ersten und Hauptsatz einfach dem zweiten unterordnet, um ihn mit diesem in Uebereinstimmung

* ⁵⁾ Konsequenterweise hätte es heissen müssen: „vor dem Richter des Kantons, in welchem der Schuldner seinen Wohnort hat. cf. Roguin S. 76.

⁶⁾ Zur Aufklärung dieses Widerspruches verweisen wir auf Seite 29.

zu bringen. Dadurch wird jener Vorschrift künstlicher Weise eine Beschränkung aufgezwungen, welche dieselbe nun einmal nicht in sich trägt. Halte man dem Art. 59 seine redaktionelle Ungenauigkeit zu gute, mache man daraus aber kein Prokrustesbett für die Rechte des Schweizervolkes! Müssten die beiden Sätze, um des Wörtchens „daher“ willen, wirklich absolut in Uebereinstimmung gebracht werden, so wäre es doch wol richtiger, die Folgerung dem Prinzipie unterzuordnen und die Beschränkung des Arrestverbotes auf interkantonale Verhältnisse als nicht gewollt zu betrachten. Dies geht aber offenbar nicht an, da dieselbe unmissverstehlich ausgesprochen ist⁷⁾ und jede Erweiterung der Vorschrift ein Verstoss gegen die den Kantonen verbliebene Souveränität wäre; wol aber ist die Ausnahme strikte zu interpretiren.

Der künstlichen Assimilation des Gebotes des Gerichtsstandes des Wohnorts mit dem bloss unter Einschränkung auf den interkantonalen Rechtsverkehr aufgestellten Arrestverbot steht sodann der Umstand entgegen, dass die beiden Bestimmungen in ihrer Bedeutung und Tragweite durchaus nicht auf gleicher Linie stehen. Der Arrest hat zunächst nur die Wirkung, vorübergehend einzelne Vermögensstücke der freien Verfügung des Schuldners zu entziehen; das Ziel der Klage ist dagegen die Verurtheilung des Schuldners. Das Interesse am Arrestverbot ist für den Schuldner ein viel geringeres, als der Schutz beim Gerichtsstand des Wohnorts. Dies würdigt auch Roguin und hält desshalb für wünschenswerth, dass das Schicksal der Klage nicht an dasjenige des Arrestes geknüpft sei. Der genannte Schriftsteller ist aber der Ansicht, dass nichtsdestoweniger bei den Redaktoren der Bundesverfassung von 1848 die Meinung gewaltet habe, das Verbot, den Schuldner vor einem andern als seinem Wohnsitzrichter zu belangen, demjenigen des Arrestes gleichzustellen. Roguin führt an, unter der Herrschaft des Konkordates von 1804, welches letztere das Arrestverbot nicht enthält, habe man Arreste für liquide Forderungen überall für erlaubt gehalten und das Konkordat nur auf die richterliche Beurtheilung der Ansprache bezogen. Indem nun im J. 1848 dem Verbot eines andern als des Wohnsitzrichters dasjenige des Arrestes hinzugefügt und letzteres ausdrücklich nur auf den interkantonalen Rechtsverkehr bezogen worden, habe man durch Einschlebung des Wortes

⁷⁾ Anderer Meinung S. Kaiser a. a. O. S. 177.

„daher“ die Absicht dokumentirt, die beiden Verbote gleichzustellen. Dieser Schluss, einzig auf Grund des Wörtchens „daher“ und ohne irgend welche historische Anhaltspunkte, scheint uns unzulässig. Wir glauben aber umgekehrt den historischen Nachweis führen zu können, dass man bei Aufnahme des Wortes „daher“ ein absolutes Arrestverbot im Auge hatte, während die gegenwärtige Einschränkung dieses letztern, aus der man so viel herleiten will, erst später in den Verfassungsentwurf hineinkam. cf. Seite 29.

Zu Gunsten der herrschenden Praxis ist ferner angeführt worden: daraus, dass die Gesetzgebung über das Civilprozessrecht nach der Bundesverfassung den Kantonen verbleibe, ergebe sich im Zweifel und da dringende Gründe für das Gegentheil nicht vorhanden seien, dass der Art. 59 sich nur auf Civilprozesse beziehe, welche zwischen Einwohnern verschiedener Kantone geführt werden. (cf. B. G. I 137 E. 1 und Roguin S. 80). Hieraus ist nun aber wol gar nichts herzuleiten, da der Art. 59, indem er das Verbot jedes andern als des Wohnsitzrichters aufstellt, die Souveränität der Kantone hinsichtlich der Gesetzgebung über die Gerichtsstandsfragen einschränkt und die Kantone insoweit also nicht souverän sind. Endlich wird gesagt, wenn auch der Art. 50 der frühern Bundesverfassung in absolutem Sinne zu verstehen gewesen wäre, so gelte dies von dem Art. 59 der neuen Bundesverfassung desswegen nicht, weil die Bundesversammlung im J. 1874 bei den Revisionsverhandlungen über die allgemein bekannte Auslegung, welche der Bundesrath bis dahin dem Art. 50 gegeben, stillschweigend hinweggegangen sei, dieselbe dadurch gebilligt und ihr die legislative Sanktion ertheilt habe. (cf. B. G. I 139 E. 7, Roguin S. 81.) Diese Argumentation hat etwas Bestechendes; gegen dieselbe ist jedoch Folgendes einzuwenden: Zunächst erscheint es als sehr gewagt, dem Stillschweigen der Räthe gerade diese Deutung zu geben, wenn man berücksichtigt, dass bei jenen Verhandlungen die Praxis der Bundesbehörden überhaupt nicht der Kritik unterzogen wurde; gesetzt aber auch, die Bundesversammlung hätte die bisherige Praxis billigen wollen, so ist dies unerheblich, weil die Intention in keiner Weise manifestirt wurde. Wie man das Stillschweigen der Räthe als eine Kundgebung der Art deuten könne, bleibt uns unverständlich!

IV. Man hat noch eingewendet, das in Art. 59 niedergelegte Prinzip sei in der ältern Zeit, vor der Bundesverfassung vom J. 1848, unzweifelhaft immer als nur bei interkantonalen Rechtsverhältnissen

anwendbar verstanden worden. Dies kann nicht geleugnet werden. Sowol die alten Bundesverträge als auch das Konkordat vom J. 1804 hatten jedenfalls nur den Verkehr zwischen Einwohnern verschiedener Kantone im Auge. Dies erklärt sich daraus, dass die Kantone bis zum J. 1848, wenn man von dem kurzen Zeitraum der Helvetik absehen will, einander als ziemlich abgeschlossene Staatswesen gegenüberstanden und nur zu einem losen Staatenbunde vereinigt waren. Die alten Eidgenossen dachten daher gewiss nicht daran, eine einheitliche Gerichtsstandsregel für das Gebiet sämtlicher Bundesglieder aufzustellen, sie wollten nur Garantien für den freien Verkehr von Kanton zu Kanton.⁸⁾ Ganz anders verhält es sich aber in dieser Hinsicht mit der Bundesverfassung vom J. 1848. Diese ist nicht mehr ein blosser Staatsvertrag zwischen den Kantonen, sondern, da durch dieselbe die Umbildung der schweizerischen Eidgenossenschaft aus dem bisherigen Staatenbund in einen Bundesstaat vollzogen wurde, die gemeinsame Verfassung und das Grundgesetz des ganzen Schweizervolkes. Damit ist aber auch der Grundsatz des Art. 59, welcher bis dahin bloss eine interkantonale Vertragsbestimmung war, zum einheitlichen Rechtssatz geworden für die ganze Schweiz. Als eine Norm der Bundesverfassung hat der Art. 59 absolute Geltung; er ist geschrieben für jeden aufrechtstehenden, in der Schweiz domizilirten Schuldner und gibt demselben das individuelle persönliche Recht auf den Schutz beim natürlichen Richter.⁹⁾ Die individuellen Rechte stehen ganz allgemein jedem Bürger zu. — Wir glauben kaum irre zu gehen, wenn wir annehmen, auch das Volk verstehe in seiner Mehrheit den Art. 59

⁸⁾ cf. Heusler a. a. O. S. 58, welcher u. a. nachweist, dass in den Bernischen „Loix et statuts du Pays de Vaud“ für den Rechtsverkehr zwischen allen Unterthanen Berns das *forum contractus* aufgestellt war. — Auch der Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869 setzt den Gerichtsstand des Domizils nur für den Fall fest, wenn die Parteien nicht im gleichen Staate wohnen, d. h. für den internationalen Rechtsverkehr. cf. Curti S. 14 ff. Hinsichtlich des Konkordates von 1804 ist in dieser Richtung zu beachten die Erläuterung desselben durch die beteiligten Stände, vom 21. Juli 1826. O. S. II 109, 152, 261. —

⁹⁾ Das Verdienst, auf diese veränderte Bedeutung des Rechtssatzes in Folge der Stellung als Norm der Bundesverfassung aufmerksam gemacht zu haben, gebührt Professor Heusler. cf. Heusler a. a. O. S. 59. — Dubs behandelt den Art. 59 unter der Rubrik „Die individuellen Rechte der Bürger im Bunde“, und Blumer im Kapitel „Garantirte Rechte der Schweizerbürger.“

in dieser Weise, was doch wol auch ein Grund ist, die Richtigkeit der offiziellen Interpretation zu bezweifeln. Dass man sich bei der Bundesrevision von 1848 der Erweiterung des im Konkordate niedergelegten Grundsatzes auch wirklich bewusst gewesen sei, scheint nun allerdings nicht festgestellt; denn hierüber geben weder die in der Bundesrevisionskommission, noch die in der Tagsatzung selbst stattgefundenen Verhandlungen irgend welche Anhaltspunkte, und eben so wenig die Akten der Revisionsprojekte der Jahre 1832 und 1833. Im Zweifel aber ist jedenfalls anzunehmen, dass der Gesetzgeber auch dasjenige gewollt habe, was er gesagt hat; denn der Irrthum wird nicht vermuthet. Wir haben aber auch positive Anhaltspunkte für die historische Richtigkeit unserer Interpretation. Dafür, dass man dem Art. 50 (59) in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten der Bundesverfassung, unter dem Eindruck der Verhandlungen über diese absolute Geltung zuschrieb, spricht vor allem das gewichtige Zeugniß von S. Kaiser, welcher von einer Beschränkung der Bundesvorschrift auf interkantonale Verhältnisse nichts wissen will und betont, die allgemeine Festsetzung des Wohnsitzrichters sei gerade der Fortschritt in Art. 50 (59) gegenüber dem Konkordat von 1804. — Im Fernern steht fest, dass sowol in den Bundesentwürfen von 1832 und 1833, welche bekanntlich der Bundesrevision von 1848 als Grundlage gedient haben, als auch späterhin bei dieser letztern das Prinzip des Gerichtsstandes des Wohnorts stets ohne die Einschränkung auf den interkantonalen Rechtsverkehr ausgesprochen wurde. Folgende Zusammenstellung mag dies zeigen. In den Verfassungsentwürfen von 1832 und 1833 fehlt der das Arrestverbot enthaltende Nachsatz überhaupt ganz. Dieselben enthalten diesbezüglich folgende Bestimmungen: 1. Der Entwurf der am 17. Juli 1832 ernannten Revisionskommission, in Art. 40: „Sämmtliche Kantone haben die gegenseitige Verpflichtung, . . . a) . . . b) den aufrechtstehenden Schweizerbürger einzig vor dem Richter seines Wohnortes belangen zu lassen.“ 2. Der Entwurf der zweiten, am 19. März 1833 gewählten Verfassungskommission, in Art. 35 l. 2: „Der sesshafte, aufrechtstehende schweizerische Schuldner muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnorts gesucht werden.“ ¹⁰⁾ Die Bundesrevisionskommission vom J. 1848 nahm den cit. Art. 35 l. 2 des Entwurfes von 1833 wörtlich herüber, fügte

¹⁰⁾ Repertorium der Eidgenössischen Abschiede 1814—1848, 2. S. 616, 617.

aber noch den Zusatz bei: „und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen kein Arrest gelegt werden.“ (Art. 46 des Entwurfes.)¹¹⁾ In dieser Fassung wurde denn auch der Grundsatz von der Tagsatzung am 24. Mai 1848 in erster Lesung angenommen (Art. 47).¹²⁾ In zweiter Berathung, am 26. Brachmonat 1848, wurde nun aber dieser Art. 47 der Tagsatzung nicht in der gleichen Form vorgelegt, wie derselbe am 24. Mai die Genehmigung der Stände gefunden hatte, sondern in veränderter Redaktion, nämlich in derjenigen des nachmaligen Art. 50 der B. Verf., und in dieser Formulirung ist derselbe am genannten Tage auch angenommen worden. (Fol. 271.) Die Aenderung besteht wesentlich darin, dass in dem das Arrestverbot enthaltenden Nachsatze nach den Worten: „auf das Vermögen eines solchen“ die Worte eingeschaltet wurden: „ausser dem Kantone, in welchem er wohnt“. Aus den Verhandlungen der Tagsatzung geht nun aber nicht im mindesten hervor, dass man die Absicht gehabt habe, mit dieser Aenderung die Geltung des Grundsatzes auf den interkantonalen Rechtsverkehr zu beschränken, vielmehr hat es den Anschein, als beruhe die Aufnahme jenes Passus auf einem Versehen.¹³⁾ Um so weniger geht es natürlich an, aus demselben in Verbindung mit dem Wörtchen „daher“ so weittragende Konsequenzen zu ziehen,

¹¹⁾ cf. die Protokolle der Bundesrevisionskommission von 1848, verfasst von Kanzler Schiess, S. 146 und 156.

¹²⁾ cf. die Offiziellen Abschiede der ordentl. Tagsatzung vom J. 1848 IV. fol. 97.

¹³⁾ Wir haben uns bemüht, aus den offiziellen Abschieden, deren Einsicht wir der Freundlichkeit des Herrn Staatsarchivar Dr. Strickler in Zürich verdanken, nähern Aufschluss zu gewinnen über den Grund und die Veranlassung zu dieser sinnstörenden, für die Praxis des Art. 59 leider verhängnissvoll gewordenen Redaktionsänderung, konnten indessen nicht den mindesten Anhaltspunkt finden, wie man dazu kam, der Tagsatzung in der Sitzung vom 26. Brachmonat den neuen Art. 50 mit jener Aenderung vorzulegen, statt in der bei der ersten Berathung angenommenen Form. Ebensowenig geht aus dem Protokoll hervor, dass über diese Aenderung irgendwelche Diskussion stattgefunden habe. Wir können uns daher des Eindrucks nicht erwehren, jene Verschlimmbesserung der Redaktion sei im Schoosse der Tagsatzung gar nicht bemerkt worden; war ja doch die zweite Berathung nach ihrem ausgesprochenen Zwecke „zunächst auf die Redaktion bezüglich, um nämlich zu ermessen, in wie weit die neue Fassung der Bundesartikel mit den Abänderungen, die sich in Folge der gepflogenen Berathungen ergaben, übereinstimme.“ (fol. 246.)

zumal solche, die dem im Hauptsatze des Art. 59 klar ausgesprochenen Prinzipie widerstreiten.

§ 5. Verzicht auf den Gerichtsstand des Art. 59.

I. Sehr häufig kommt es vor, dass der Schuldner hinsichtlich einer konkreten persönlichen Ansprache auf den ihm durch den Art. 59 zugesicherten Gerichtsstand des Wohnorts Verzicht leistet und sich verpflichtet, mit Bezug auf die betreffende Ansprache einen bestimmten anderen Gerichtsstand anzuerkennen. Es fragt sich nun, ob ein solcher Verzicht statthaft sei? Als unzulässig müsste derselbe dann erscheinen, wenn die Festsetzung des Wohnsitzrichters im öffentlichen Interesse geschehen wäre. Im letztern Fall müsste das in Art. 59 statuirte Forum als ein ausschliessliches und absolut zwingendes betrachtet werden. Als Gerichtsstände dieser Art gelten bekanntlich diejenigen in Ehe-, Status- und Vormundschaftssachen und Erbschaftsstreitigkeiten, meist auch der Gerichtsstand der be-
legenen Sache. Gewiss mit Recht; denn an die Verhältnisse des Familien- und Erbrechts, sowie des Sachenrechts sind wichtige öffentliche Interessen geknüpft, und die Staatssouveränität erheischt, dass hier die eigene Jurisdiktion und das eigene Gesetz Platz greife. Diese Motive treffen aber bei dem in Art. 59 statuirten Gerichtsstande nicht zu. Unter den persönlichen Ansprachen, für welche dieser gegeben ist, sind, wie später ausgeführt werden soll, die Klagen aus obligatorischen Verpflichtungen zu verstehen. Nun hat gerade das Gebiet des Obligationenrechts vorzugsweise einen kosmopolitischen Charakter, und man wird nicht sagen können, dass öffentliche Interessen verletzt seien, wenn ausnahmsweise einzelne Forderungsrechte von einem andern Richter beurtheilt werden als demjenigen des Wohnsitzes des Schuldners. Andernfalls könnte dem Schuldner ja auch nicht gestattet werden, sich für eine einzelne Ansprache zum voraus einem Schiedsgerichte zu unterwerfen und sich damit für den betreffenden Fall der staatlichen Gerichtsbarkeit ganz zu entziehen, welches Recht niemand bestreiten wird. Der Gerichtsstand des Art. 59 erscheint daher seiner innern Natur nach nicht als ein ausschliesslicher.¹⁾ Diese Ansicht findet ihre Unter-

¹⁾ Ebensowenig gilt nach der gemeinrechtlichen Doktrin das forum domicilii als ausschliesslich. — cf. Renaud, Lehrb. d. Civilprozesses § 42. Bethmann-Hollweg „Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses“. S. 11 ff. Baier „Vorträge über d. gem. ordentl. Civilprozess 7. Aufl.“ S. 151.

stützung im Wortlaut des Art. 59: „Der . . . Schuldner . . . muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnorts gesucht werden und es darf daher . . . kein Arrest gelegt werden.“ Hier ist überall nur die Rede von einem Rechte des Schuldners auf den Schutz beim natürlichen Richter und keine Andeutung einer Pflicht, dort Rede stehen zu müssen. Auch die Geschichte des Art. 59 zeigt, dass man die Festsetzung des Wohnsitzrichters von jeher als eine nur zum Schutze des Schuldners aufgestellte Garantie betrachtete (cf. § 1) und in diesem Sinne ist derselbe auch von jeher ausgelegt worden (cf. § 3 IV). Die Bundesbehörden haben sich denn auch stets für die Zulässigkeit eines Verzichts auf den Gerichtsstand des Art. 59 ausgesprochen, wofür zahlreiche Entscheidungen vorliegen.²⁾

II. Aus der Zulässigkeit des Verzichts auf den Gerichtsstand des Wohnorts mit Bezug auf eine einzelne persönliche Ansprache folgt natürlich nicht, dass es dem Schuldner auch verstattet sei, sich überhaupt für alle an ihn gelangenden persönlichen Ansprachen zum voraus einem fremden Richter zu unterwerfen; denn damit würde offenbar ein ganz anderer Effekt erreicht als beim ausnahmsweisen Verzicht von Fall zu Fall; nämlich die willkürliche Beseitigung des Gerichtsstandes des Wohnorts. In einer solchen würde augenscheinlich eine Störung der öffentlichen Ordnung liegen, somit eine Verletzung der öffentlichen Interessen, welche nicht gestattet werden kann.³⁾ Hinwiederum wäre es zu weit gegangen, wenn man

²⁾ cf. im Allgemeinen U. 294 E. 2. — 893 E. 4 (1861), 877 E. 1 (1862), B. 1871 III 770 E. 2, 1872 I 739, 740. Geschäftsbericht 1873 S. 377 E. 1. B. G. I 144 E. 1, III 44 E. 1, 215 E. 2, IV 21 E. 1 — und ferner im Speziellen die Präjudizien in §§ 16 und 28.

³⁾ § 40 des Civilprozesses f. d. deutsche Reich: „Die Vereinbarung (der Unterwerfung unter ein anderes Gericht als dasjenige des Wohnsitzes) hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniss und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.“ cf. hiezu den Kommentar von Endemann I S. 275. — Was die Rechtssprechung des Bundesgerichts anbelangt, so könnte im Erkenntniss vom 15. Okt. 1878 in Sachen der „Compagnie générale de navigation sur le lac Léman“ die Anerkennung der Gültigkeit eines allgemeinen Verzichts auf den Art. 59 gefunden werden. Rekurrentin, mit Domizil in Lausanne, hatte nach Vorschrift der Genfer Gesetze sich dem dortigen Gerichtsstande unterworfen „pour toutes les significations, demandes et poursuites relatives à (elle)“. Das Bundesgericht entschied, gestützt auf diesen Wortlaut, die Unterwerfung beziehe sich überhaupt und zum voraus auf alle persönlichen Ansprachen an die Gesellschaft und sei

die Möglichkeit eines Verzichts beschränken wollte auf eine einzelne Verbindlichkeit. Es verdient vielmehr die Praxis der Bundesbehörden Zustimmung, welche von jeher daran festhielt, dass der Schuldner auch für eine Reihe von Verbindlichkeiten und sogar für solche, deren Entstehung in der Zukunft liegt und noch ungewiss ist, sich einem fremden Gericht unterwerfen dürfe, insofern wenigstens alle diese Verbindlichkeiten auf dem nämlichen, bestimmt bezeichneten Rechtsverhältniss beruhen.⁴⁾ So wurde namentlich in mehreren Entscheidungen festgestellt, dass die Vereinbarung gültig sei, kraft welcher ein Bauunternehmer sich, wie dies namentlich oft im sog. „Pflichtenheft“ geschieht, zum voraus für alle aus dem Bauvertrag entspringenden Verbindlichkeiten einem bestimmten Gerichtsstande, z. B. demjenigen des Ortes der Baute, unterwirft.⁵⁾ Nach der Gesetzgebung einzelner Kantone, z. B. von Zürich, wird den Versicherungsgesellschaften gegenüber die Ertheilung der Konzession davon abhängig gemacht, dass dieselben zum voraus mit Bezug auf alle im Rayon des Kantons abgeschlossenen Verträge den Gerichtsstand des Versicherten anerkennen. Dieser relativ allgemeine Verzicht auf den natürlichen Richter wurde vom Bundesrath in Sachen der Schweiz. Rentenanstalt für gültig und verbindlich erklärt.⁶⁾ Die erwähnte Praxis trägt viel dazu bei, den durch Art. 59 ausgeschlossenen Gerichtsstand des Vertrages eher entbehrlich zu machen. (cf. § 30.)

für diese bindend. B. G. IV 560 ff. Wir halten diese Entscheidung für materiell richtig, indem die genannte Gesellschaft offenbar in Genf eine Zweigniederlassung hatte und desshalb nach der bestehenden Praxis verpflichtet war, daselbst für persönliche und mit dieser Zweigniederlassung in Verbindung stehende Ansprachen ins Recht zu antworten. cf. § 18. Die Motivirung des Entscheides aber ist jedenfalls im Widerspruch mit unserer im Texte geäußerten Ansicht. — Nur aus dem Gesichtspunkte der Zweigniederlassung halten wir ferner den Art. 8 des Eisenbahngesetzes vom 23. Dez. 1872 für konstitutionell, worin bestimmt wird, dass die Eisenbahnen in jedem Kanton, den sie durchziehen, Domizil zu erwählen haben für die Klagen aus diesem Kanton. B. G. V 173 E. 2.

⁴⁾ Note 5, 6. — Uebereinstimmend § 40 des deutschen Civilprozesses. cf. Commentar von Endemann I S. 295, und Fitting S. 45 (1879). — cf. Rüttimann i. d. Zeitschrift f. Schweiz. Recht. Bd. XVI S. 36, und Curti S. 66; and. M. von Bar, Das internationale Privat- und Strafrecht. S. 448.

⁵⁾ cf. die in § 16 I citirten Präjudizien. Aehnlich ein Entscheid des Bundesgerichts mit Bezug auf die aus der Pachtung einer Käserei hervorgehenden Verbindlichkeiten. B. G. III 215.

⁶⁾ B. 1872 II 490—493.

III. Für die Eröffnung und Durchführung des Konkurses, als das letzte Stadium des Rechtstribsverfahrens ist, wie in § 3 III gezeigt wurde, der Richter des Wohnortes des Gemeinschuldners kompetent. Darf letzterm gestattet werden, auf diesen Gerichtsstand des Konkurses zu verzichten, d. h. für den Konkurs sich einem fremden Richter zu unterwerfen, mit Beseitigung des Wohnsitzrichters? — Nach dem unter I Gesagten ist für die Entscheidung dieser Frage massgebend, ob durch einen solchen Verzicht öffentliche Interessen gefährdet werden. In dieser Hinsicht fällt in Betracht, dass der Zweck des Konkurses dahin geht, das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners unter alle seine Gläubiger nach Massgabe ihrer Rechte gleichmässig zu vertheilen. Der Konkurs soll demnach das ganze Vermögen des Schuldners ergreifen. Dieser Zweck ist aber offenbar nur erreichbar bei Einheit des Konkurses und würde vereitelt, wenn für einzelne Verbindlichkeiten oder eine Reihe solcher ein Konkurs ausser dem Wohnort des Schuldners durchgeführt werden könnte. Fernerhin verlangt das öffentliche Interesse, sowie auch das Prinzip der Territorialhoheit, dass der Konkurs am Wohnsitze des Schuldners abgehalten werde; denn hier befindet sich der natürliche Mittelpunkt aller geschäftlichen Beziehungen des Schuldners und seines Kredites; daher sollen auch Gerichtsstand und Gesetz dieses Ortes massgebend sein für die Durchführung des Konkurses, und es geht nicht an, dass der Schuldner sich willkürlich diesem natürlichen Verhältnisse entziehe, vielleicht etwa aus Spekulation auf die seiner Ehefrau günstigere Gesetzgebung des erwählten Gerichtsstandes. Das Forum des Konkurses muss daher wegen seiner öffentlich rechtlichen Bedeutung als ein ausschliessliches erklärt werden, welches nicht durch Privatdisposition abgeändert werden kann. Dies ist auch die Anschauung des Bundesgerichts, wie aus dem Erkenntniss vom 20. Juni 1879 in Sachen der Solothurnischen Bank hervorgeht.⁷⁾ Der Bundesrath

⁷⁾ B. G. V. 180 ff. cf. über diese Frage namentlich die treffliche Abhandlung von Feigenwinter „Darstellung u. Kritik der Bundesrechtlichen Praxis in Konkursfällen, wo der Fallit Domizil in mehreren Kantonen hat“, vom Schweiz. Juristenverein gekrönte Preisschrift. Basel 1879 S. 37 ff. und, bezüglich der kantonalen Gesetzgebung, S. 38 Note 30, ferner Leuenberger anl. des Rekurses Kübler i. B. 1867 I 330. Den nämlichen Grundsatz enthält die Konkursordnung f. d. Deutsche Reich § 64, verb. mit §§ 13 und 40 der Civilprozessordnung. cf. die Commentare von Wengler S. 417, und Wilmowsky S. 196, — und Fuchs, Deutscher Konkursprozess. Leipzig 1877 S. 110.

dagegen hat in dieser Frage nicht einen entschieden verneinenden Standpunkt eingenommen. In zwei Entscheidungen, aus den J. 1860 und 1869, wurde ausgesprochen, dass die für einzelne Verbindlichkeiten erfolgte Unterwerfung unter einen fremden Richter diesem letztern wenigstens zur Erlassung des Konkursdekretes die Kompetenz verleihe.⁸⁾ Nun bewirkt aber schon die Eröffnung des Konkurses bedeutende Veränderungen in der Rechtsstellung des Schuldners, insbesondere hinsichtlich seiner Handlungsfähigkeit, und das öffentliche Interesse erheischt dringend, dass diese Rechtsfolgen sich nach dem Gesetze des Wohnorts des Schuldners, nicht nach einem vom Schuldner selbst bestimmten Gesetze richten. Kaum wird man aber daran denken können, dem erwählten Richter zwar die Eröffnung des Konkurses zu gestatten, die rechtlichen Folgen des Konkurserkennnisses aber nach dem Gesetz des Wohnsitzes des Schuldners zu bemessen; denn dies wäre doch eine Anomalie ohne Gleichen. Um innern Widersprüchen und Komplikationen aller Art aus dem Wege zu gehen, wird man daran festzuhalten haben, dass die Kompetenz zur Erlassung des Konkursdekretes ausschliesslich dem Wohnsitzrichter gewahrt bleiben muss.⁹⁾ — Wol ist es dagegen mit dem öffentlichen Interesse vereinbar, wenn der Schuldner sich für die Betreibung und eventuell auch für die gerichtliche Pfändung bezüglich einzelner Verbindlichkeiten einem fremden Gerichtsstande unterwirft, wie es beim Verzicht auf den natürlichen Richter stillschweigend geschieht (cf. § 3 V, VII); denn die Betreibung, soweit sie auf Pfändung gerichtet ist, enthält nur eine Spezialexécution und berührt nur die Interessen des treibenden Gläubigers. Die Rechte der übrigen Kreditoren werden dadurch so wenig angetastet, als durch eine freiwillige Pfandverschreibung oder Veräusserung einzelner Sachen durch den Schuldner. Die bundesrätliche Praxis anerkennt denn auch die Gültigkeit der Prorogation für die Schuldbetreibung¹⁰⁾ (cf. §§ 17, 18). Was dagegen die Pfändung anbelangt, so

⁸⁾ U. 294 E. 2 (1860) und B. 1869 I 984 E. 4, 5.

⁹⁾ Uebereinstimmend Feigenwinter a. a. S. S. 39 ff. Ebenso die beiden Entwürfe zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, welche bestimmen, dass die Konkurserklärung nur vom Gericht des Wohnorts des Schuldners ausgehen kann. Heuslerscher Entwurf § 77. Kommissionsminderheits-Entwurf § 180.

¹⁰⁾ U. 293, 294, 863 (1860), B. 1869 I 984. — Uebereinstimmend Feigenwinter S. 82. — Die Kommissions-Entwürfe zum Bundesgesetz über Schuld-

fällt deren Ausführung, wie in § 3 V erörtert wurde, ausschliesslich in die Kompetenz des Betreibungsbeamten, in dessen Sprengel die betreffende Sache liegt. — Mit Ausnahme der Konkursgerichtsbarkeit und der Vollziehung der Pfändung kommt dem durch freiwillige Unterwerfung zuständig gewordenen fremden Richter ganz die nämliche Kompetenz zu, welche ansonst der Richter des Wohnorts haben würde, namentlich für den Fall der Illiquidität der Ansprache die Kompetenz für den Prozess. Selbstverständlich kann sich der Schuldner, welcher auf den Art. 59 Verzicht geleistet hat, auch nicht mehr auf das in demselben statuierte Arrestverbot berufen.

IV. Wenn der Gläubiger den Schuldner für persönliche Ansprachen vor einem andern als dem natürlichen Richter belangen will, so ist es an ihm, bestrittenenfalls den Nachweis zu leisten, dass jener auf die Rechte aus dem Art. 59 verzichtet habe; denn ein Verzicht der Art ist so wenig als irgend ein anderer zu vermuthen. Der Verzicht darf auch nicht etwa erweiternd interpretirt werden, z. B. nicht auf konnexe Ansprachen.¹¹⁾

V. Der Verzicht auf den natürlichen Richter ist nicht an eine bestimmte Form gebunden, derselbe kann vielmehr, wie später noch auszuführen sein wird, in jeder beliebigen Form erfolgen, sogar stillschweigend, durch „konkludente Handlungen.“ Regelmässig kehren aber zwei Formen wieder, in denen die Anerkennung eines fremden Gerichtsstandes ausgedrückt ist; die eine gehört mehr der französischen, die andere mehr der deutschen Jurisprudenz an. Die erstere ist die sogen. „élection de domicile“, die zweite die „prorogatio fori“ des gemeinen deutschen Civilprozessrechtes. Des nähern wird von diesen beiden Instituten weiter unten gehandelt werden (§§ 16 und 28). — In der Praxis ist hie und da die Frage streitig geworden, ob auch in der Unterwerfung unter ein Schiedsgericht ein Verzicht auf den Art. 59 liege? — Sicher muss in einer solchen wenigstens der Verzicht auf den gesetzlichen Richter gefunden werden, im Zweifel aber auch gewiss ein Verzicht darauf, dass das Schiedsgericht am Wohnsitz des Beklagten seine Funktionen ausübe.¹²⁾

betreibung und Konkurs gestatten dagegen die Betreibung nur am Wohnort des Schuldners. Heuslerscher Entwurf § 17, Kommissionsminderheits-Entwurf § 27.

¹¹⁾ B. G. IV 30 E. 2, V 173 E. 2. cf. B. G. I 265—268.

¹²⁾ Uebereinstimmend U. 893 E. 4 (1861), B. 1869 I 984 E. 1, 1871 II 375 E. 4. Geschäftsbericht 1873 S. 377.

VI. Wenn der Gläubiger seinerseits den vom Schuldner erklärten Verzicht auf den Gerichtsstand des Art. 59 annimmt, so kommt damit zwischen den Parteien ein Vertrag zu Stande. Oft ist bestritten worden, dass aus demselben für den Schuldner die Verbindlichkeit entstehe, sich vor einem andern als dem Wohnsitzrichter belangen zu lassen. Es kann indessen nicht eingesehen werden, warum der Prorogationsvertrag nicht eben so bindend sein sollte als irgend ein anderer; denn Bedenken öffentlich rechtlicher Natur stehen demselben ja nicht im Wege (cf. I) ¹³⁾. Die Bundesbehörden haben denn auch immer daran festgehalten, dass der Verzicht auf den Art. 59 für den Schuldner verbindlich und diesem nicht gestattet sei, einseitig von dem Vertrag zurückzutreten, wodurch er sich einem bestimmten Richter unterworfen hat. ¹⁴⁾ Eine Ausnahme findet selbstverständlich dann statt, wenn die Prorogation einzig zum Vortheil des Schuldners verabredet war; letzteres ist aber nicht zu vermuthen. Unzweifelhaft kann auch der Unterwerfungsvertrag, gleichwie jede andere obligatorische Uebereinkunft, mit gegenseitigem Konsens wieder aufgehoben werden. ¹⁵⁾ Eine Frage der Interpretation ist es, ob dem Gläubiger mit der Annahme des Verzichtes das Recht verloren gehe, den Schuldner am Wohnsitz zu belangen; im Zweifel muss dies aber verneint und der Vertrag als ein einseitiger aufgefasst werden, welcher für den Gläubiger keine Verbindlichkeit erzeugt. Dies ist auch hinsichtlich der „élection de domicile“ die Anschauung der französischen Jurisprudenz. ¹⁶⁾

¹³⁾ Natürlich vorausgesetzt, dass den Parteien nicht etwa die Handlungsfähigkeit resp. Stellvertretungsbefugniss abgehe und fernerhin abgesehen von Willensmängeln, wie Zwang, Betrug, Irrthum. B. G. III 496.

¹⁴⁾ U. 395 (1850) i. S. Dupré, 294 E. 2 (1860), B. 1861 I 329—333, 1867 I 145 E. 5 i. S. Delarue, bestätigt v. d. Bundesversammlung. cf. B. 1867 II 474, 475. — 1868 II 792 E. 5, B. G. III 625 E. 4, VI 10. Wenn der Schuldner behauptet, der Vertrag, durch den er auf den Art. 59 verzichtet hat, sei dahingefallen, so liegt es ihm ob, dies zu beweisen. B. G. VI 10.

¹⁵⁾ B. 1872 II 490—493, 790—792.

¹⁶⁾ Paillet „Manuel du droit français“, Paris 1826, zu Art. 111 Note 11. Merlin, „Questions de droit.“ V. dom. élu. § II. Stabel, „Institutionen des franz. Civilrechts“ § 17.

§ 6. Anordnung der Darstellung.

Der Art. 59 beginnt mit den Worten: „Der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnorts gesucht... werden.“ In diesem Satze ist der wesentliche Gedanke der genannten Bundesvorschrift enthalten, alle übrigen Bestimmungen in derselben qualifiziren sich theils als blosse Folgerung aus dem angeführten Prinzip, und anderntheils, was lemma 3, das Verbot des Schuldverhafts, anbelangt, als ein mehr anhangsweiser Zusatz. Zunächst soll nun, wie selbstverständlich, das Grundprinzip des Art. 59 behandelt werden. Schon aus dem Wortlaute des citirten Satzes ergibt sich, dass darin der Gerichtsstand des Wohnortes nicht unter allen Umständen, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen garantirt ist. Diese sind theils persönlicher theils sachlicher Natur. Der Gerichtsstand des Wohnorts soll nämlich nur in Anwendung kommen:

1. für Ansprachen einer gewissen Art, für „persönliche Ansprachen“,
2. nur dann, wenn zwei Voraussetzungen in der Person des Schuldners zusammentreffen:
 - a) fester Wohnsitz in der Schweiz,
 - b) die Eigenschaft des „Aufrechtstehens“, worunter, wie später auszuführen sein wird, Zahlungsfähigkeit verstanden wird (§ 19).

Die Darstellung des Art. 59 hat sich also vor allem mit den genannten drei Begriffen zu befassen, was in den drei nächsten Kapiteln geschehen soll.

Als eine blosse nähere Ausführung des Prinzipes qualifizirt sich der Nachsatz: „und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen ausser dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden“. Diese Seite des Art. 59 wird im V. Kapitel ihre Behandlung finden.

Zur Interpretation des Art. 59 gehört fernerhin die Erörterung der Frage, ob und in wie weit durch die genannte Verfassungsbestimmung die sog. „speziellen Gerichtsstände“, wie z. B. der gelegenen Sache, des Vertrags u. s. w., aufgehoben seien? — Die bezüglichlichen Ausführungen folgen im VI. Kapitel. Im VII. Kapitel

wird endlich die Behandlung des in lemma 2 von Art. 59 aufgestellten Verbotes des Schuldverhafts folgen.

Hiebei hätten wir den zweiten Satz des Art. 59 übergangen, welcher lautet: „Vorbehalten bleiben mit Bezug auf Ausländer die Bestimmungen bezüglichlicher Staatsverträge.“ Von erheblicher Bedeutung, als dem Art. 59 in einzelnen Punkten derogirend, ist indessen einzig der Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869 „über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urtheilen in Civilsachen“.¹⁾ Da dieser letztere aber gerade in neuester Zeit Gegenstand einer ganz vorzüglichen Literatur geworden ist, welche die hier zu erörternden Fragen erschöpfend behandelt, so ziehen wir vor, an Stelle eigener Wiederholung auf diese verdankenswerthen Bearbeitungen hinzuweisen.²⁾ Immerhin glaubten wir jene „Abweichungen“ des Staatsvertrages von Art. 59 an geeigneter Stelle wenigstens andeuten zu sollen³⁾, und vielfach wurde endlich die Praxis des Staatsvertrages desshalb beigezogen, weil dieselbe ebenfalls die Entwicklung des in Art. 59 niedergelegten Gedankens zum Gegenstand hat, dem unsere Betrachtung gewidmet ist.

§. 7. Welche Rechtsnorm ist massgebend für die Beurtheilung der einzelnen Voraussetzungen des Art. 59 ?

Die Anwendung des Art. 59 ist, wie eben erörtert wurde, an verschiedene Voraussetzungen geknüpft; als solche erscheinen die

¹⁾ B. G. IV 232 E. 6. Uebereinstimmend Roguin S. 16, 20.

²⁾ cf. namentlich die vortreffliche Arbeit von Dr. E. Curti „Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich betr. Gerichtsstand und Urtheilsvollziehung, vom 15. Juni 1869.“ (Diss.) Zürich 1879. Der genannte Staatsvertrag war im fernern Traktandum der Ende September 1878 zu Genf abgehaltenen XVI. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins. Das treffliche Referat von Prof. Alex. Martin, sowie Mittheilungen über die stattgehabte Diskussion sind in Form des Verhandlungsprotokolls jener Jahresversammlung im Druck erschienen (Bern 1878). Eine werthvolle Arbeit über den gleichen Gegenstand veröffentlichte Ch. Brocher in der in Genf erscheinenden „Semaine judiciaire“ I. Jahrg. 1879, auch separat gedruckt unter dem Titel „Commentaire théorique et pratique du traité franco-suisse du 15 juin 1869.“ Genf 1879. — Endlich ist zu verweisen auf die ebenfalls vorzügliche Bearbeitung dieses Kapitels bei Roguin „L'art. 59 de la const. féd.“ S. 19, 30.

³⁾ cf. die Zusammenstellung dieser Verweisungen im speziellen Inhaltsregister, zu § 6.

Begriffe: „persönliche Ansprache“, „Domizil“ und „Zahlungsfähigkeit“. Ueber diese Begriffe, namentlich denjenigen des Domizils, herrschen in den verschiedenen Rechtsgebieten in einzelnen Punkten abweichende Rechtsgrundsätze, so dass unter Umständen die Anwendung des Art. 59 davon abhängt, nach welchem Rechte die Frage des Zutreffens jener Voraussetzungen entschieden wird. In dieser Hinsicht kann vorerst kein Zweifel darüber bestehen, dass zunächst und vor allem die Bundesgesetzgebung gilt, soweit dieselbe bezügliche Bestimmungen enthält; denn diese steht über der kantonalen Gesetzgebung und derogirt dieser. Die eidgenössische Legislation ist indessen gerade auf dem hier in Frage kommenden Gebiete zur Zeit noch eine äusserst spärliche und wird eine grössere Bedeutung erst erlangen mit der Erlassung des Ausführungsgesetzes zu Art. 46 der B. Verf. (cf. § 3 VIII), durch welches eine Fixirung des Domizilbegriffes in Aussicht gestellt ist. Bis dahin muss an Stelle der mangelnden Bundesgesetzgebung eine andere Rechtsquelle treten. Es liegt nahe, hiebei an die sehr reichhaltige Praxis der Bundesbehörden zu denken; doch kann diese als Rechtsquelle überhaupt nicht angesehen werden, und beruht ihre gewiss nicht zu unterschätzende Bedeutung einzig auf der innern Autorität ihrer Ueberzeugungskraft. Ist der Richter im übrigen lediglich darauf angewiesen, nach seinem Ermessen und auf Grundlage der Doktrin des gemeinen Rechts zu urtheilen? Es will uns scheinen, hierauf sei erst dann abzustellen, wenn auch das kantonale Recht zu einer Lösung der betreffenden Frage nicht Hand bietet. Hiebei kommt natürlich das territoriale Recht des Gerichtsstandes des Beklagten in Betracht, vorausgesetzt dass dieses nicht selbst wieder auf ein anderes Recht, z. B. dasjenige der Heimat, verweist. Diese Auffassung schliesst freilich in sich, dass in Fragen des Bundesrechts den kantonalen Rechten wenigstens noch subsidiäre Geltung zugestanden wird. Die nämliche Anschauung finden wir in einigen Entscheidungen des Bundesrathes, und zu derselben scheint sich auch das Bundesgericht hinzuneigen.¹⁾ Man wird entgegenen, diese Auffassung werde

¹⁾ B. 1862 III 255—259, 1866 III 349 ff., 1868 II 483 E. 1, 1871 II 371 E. 1, 382 E. 3, 1873 II 591, B. G. I 138 E. 4, 154 E. 2, 202 E. 5, 637, III 29 E. 1, IV 345 E. 3. cf. G. Vogt i. d. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins IV S. 41 und in Schlatters „Rechtskalender f. d. Schweiz. Eidgenossenschaft“ S. XVIII; f. Blumer Bundesblatt 1867 I 313. cf. im weitem mit Bezug auf § 13 der Civilprozessordnung f. d. deutsche Reich, der zu einer ähnlichen Frage Anlass gibt, den Commentar von Endemann Bd. I S. 246.

mit sich bringen, dass dem Art. 59 in verschiedenen Kantonen unter Umständen eine abweichende Auslegung zu Theil werde. Aber ist denn diese Gefahr beseitigt, wenn der Richter angewiesen wird, die örtlich und zeitlich ebenfalls wandelbare Doktrin zum Massstabe zu nehmen? Hier muss ferner betont werden, dass eine kantonale Bestimmung, welche offenbar dem Sinn und Geist des Art. 59 widersprechen würde, keinen Anspruch auf Geltung hätte (cf. § 3 II), so namentlich dann nicht, — was bei dieser ganzen Kontroverse wol fast einzig praktisch von Bedeutung ist, — wenn aus der bezüglichen Vorschrift hervorgeht, dass dieselbe nicht den in Art. 59 enthaltenen Begriff des „festen Wohnorts“ im Auge hat, sondern einen Domizilsbegriff anderer Art und Richtung (cf. §§ 9 u. 10).

§. 8. Die Beweislast.

Der Art. 59 der B. Verf. gewährleistet dem Beklagten den Gerichtsstand des Wohnorts nur dann, wenn die Ansprache eine persönliche, der Schuldner ferner aufrechtstehend ist und in der Schweiz einen festen Wohnort hat. Was nun das erste dieser drei Erfordernisse anbelangt, so erscheint es als eine reine Rechtsfrage, ob das klägerische Begehren als eine „persönliche Ansprache“ zu betrachten sei oder nicht. Hierüber kann daher ein eigentlicher Beweis nicht aufgelegt werden; denn: *Jura novit curia!* Anders verhält es sich dagegen mit den beiden andern in Art. 59 genannten Voraussetzungen, nämlich mit dem Domizil und der Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Das Vorhandensein dieser beiden Bedingungen, namentlich der letzteren, ist ganz oder doch grösstentheils eine Frage der Thatsachen. In diesen beiden Richtungen muss also, wenn eine Bestreitung erfolgt, der Beweis geleistet werden. Wen trifft die Beweislast? Man könnte meinen, den Schuldner, welcher den Art. 59 anruft und darum herzustellen habe, dass die Momente, welche für die Anwendung des Art. 59 vorausgesetzt werden, vorhanden seien. „*Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat.*“ Es ist indessen bei Beantwortung dieser Frage davon auszugehen, dass es wesentlich die Bedeutung des Art. 59 ist, dem Schuldner zum Schutze zu dienen, wesshalb auch nur der Beklagte ein Recht aus demselben herleiten kann (cf. § 3 IV). Das in Art. 59 dem Schuldner gewährleistete Recht würde nun seines hohen Werthes, als Schild

der individuellen Freiheit des Bürgers, grossentheils entkleidet, wenn der Beklagte in jedem Fall, bevor er sich auf dasselbe berufen könnte, Domizil und Zahlungsfähigkeit nachweisen müsste. Es entspricht daher gewiss dem Sinn und Geist des Art. 59, wenn die Bundesbehörden von jeher angenommen haben, es gelte eine Vermuthung dafür, dass der Schuldner festen Wohnsitz in der Schweiz habe und „aufrechtstehend“ sei. Mit dieser Rechtsvermuthung (*prae-sumtio juris*) ist zu Gunsten des Schuldners der an und für sich gewiss diesem obliegende Beweis für Domizil und Solvenz als erbracht zu betrachten, und wenn der Gläubiger dies antasten und sich der Anwendung des Art. 59 widersetzen will, so ist es an ihm, den Gegenbeweis dafür zu leisten, dass dem Schuldner eine der in Art. 59 vorausgesetzten Qualitäten fehle, dass er keinen festen Wohnsitz in der Schweiz besitze oder nicht „aufrechtstehend“ sei. Schon vom Bundesrath ist die Frage der Beweislast mit Entschiedenheit zu Gunsten des Schuldners gelöst worden, und nachdem das Bundesgericht diese Auffassung rezipirt hat, darf dieselbe als in der bundesrechtlichen Praxis durchaus feststehend betrachtet werden.¹⁾

¹⁾ Im Allgemeinen cf. Blumer; a. a. O. S. 415 und S. Kaiser I 180, welcher letztere Schriftsteller mit der bundesrechtlichen Praxis wenigstens für den Fall einig geht, dass der Schuldner sich über Verletzung des Art. 59 beklagt; andere Fälle kommen aber, wie uns scheint, gar nicht in Betracht. cf. § 3 IV. Speziell betreffend Zahlungsfähigkeit cf. U. 304 E. 2 (1859), 307 E. 1 (1860), 907 (1862), B. G. III 54 E. 3, 58 E. 3, IV 30 E. 3, VI 22 E. 2, 360 E. 2, 525, 539 E. 4. Betreffend festen Wohnsitz in der Schweiz: U. 304 E. 3 (1859), 307 E. 1 (1860), 904 (1861), B. 1865 II 158, 1868 II 467 E. 2, B. G. I 228, III 58 E. 3. Offenbar unerheblich ist daher die Behauptung des Gläubigers, dass ihm der Wohnsitz des Schuldners nicht bekannt sei. B. G. I 147, VI 525. Der Beweissatz ist natürlich nicht negativ zu stellen, sondern z. B. dahin, dass der Aufenthalt des Beklagten ein derartiger sei, welcher die Erfordernisse des Domizils nicht erfülle, resp. dass der Schuldner sich vor kurzem als zahlungsunfähig erwiesen habe, d. h. für bezügliche Thatsachen. Hier sind noch zwei Entscheidungen des Bundesgerichts zu erwähnen, wornach der Gläubiger, der behauptet, der Schuldner sei unbekannt abwesend, wenigstens den Nachweis fruchtloser Ediktalladung zu erbringen hat. B. G. I 150 E. 4, 175 E. 3.

II. Kapitel.

Domizil.

A. Das allgemeine bürgerliche Domizil.

§. 9. Der Begriff des festen Wohnsitzes.

I. Der Art. 59 gewährt nur demjenigen aufrechtstehenden Schuldner, „welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat“, den Schutz beim Richter seines Wohnorts. Was ist nun unter „festem Wohnsitz“ zu verstehen? Die Wissenschaft des gemeinen Rechts hält diesen Begriff für identisch mit dem römischen „domicilium“ und es ist daher im Zweifel anzunehmen, dass auch in Art. 59 „fester Wohnsitz“ im Sinne von „Domizil“ gemeint sei. Der Begriff des Domizils gehört mehr dem Bereiche der Rechtslehre als demjenigen der Gesetzgebung an; derselbe stammt wesentlich aus der römischen Jurisprudenz, welche hier eine fast universelle Autorität gewonnen und bis auf die neueste Zeit bewahrt hat. Von den modernen Legislationen ist es hauptsächlich der französische Code civil (Art. 102 bis 111), welcher das Domizil mit der seiner Bedeutung entsprechenden Sorgfalt behandelt. Das römische Recht, die an dasselbe sich anschliessende Doktrin und das französische Civilgesetzbuch bilden daher die Grundlage der heutigen Anschauungen über das Domizil. Für die Schweiz ist eine bundesrechtliche Normirung des Domizilbegriffes zwar in Aussicht gestellt durch den Art. 46 der B. Verf., wornach die Niedergelassenen in Beziehung auf die civilrechtlichen Verhältnisse in der Regel unter dem Rechte und der Gesetzgebung des Wohnsitzes stehen sollen und die Bundesgesetzgebung über die Anwendung dieses Grundsatzes die erforderlichen Bestimmungen zu treffen hat. Gegenwärtig gilt in dieser Hinsicht indessen noch

die kantonale Gesetzgebung, und es tritt uns hier das Bild ausserordentlicher Zerfahrenheit entgegen. Schon äusserlich ist die Behandlung des Domizils eine sehr verschiedene. Nur die westschweizerischen Kantone widmen diesem Begriff die nothwendige Aufmerksamkeit und behandeln denselben im Civilgesetzbuch, während die meisten Kantone deutscher Zunge desselben nur beiläufig und zwar meist in den Prozess- oder Schuldbetreibungsgesetzen oder in denjenigen über Niederlassung und Aufenthalt erwähnen, und andere Kantone endlich hierüber gänzlich schweigen.¹⁾ Noch wichtiger ist aber der Umstand, dass in diesen Gesetzen keineswegs überall die gleichen Anschauungen über den Begriff des Domizils herrschen, sondern auch in dieser Hinsicht schneidende Gegensätze bestehen. Hierauf kann indessen erst unten eingetreten werden. (cf. IV.)

II. Unter „Domizil“ oder „festem Wohnsitz“ ist der rechtliche Sitz der Person zu verstehen, mit a. W. der Ort, an welchem dieselbe mit Bezug auf ihre bürgerlichen Rechte und Pflichten vom Gesetz als ununterbrochen anwesend betrachtet wird. Wichtiger als dieser bloss formale Domizilsbegriff ist jedoch die Frage, an welche Erfordernisse das Domizil geknüpft sei und nach dem Ort desselben. Hieran wird in der Regel allein gedacht, wo vom Domizil die Rede ist; in den Anschauungen hierüber ist also materiell der Begriff des Domizils zu suchen. Es fällt nun überaus schwer, eine ganz genaue und umfassende materielle Definition des Domizils zu geben. Am besten scheint uns Arndts dasselbe zu charakterisiren, indem er es bezeichnet als den „Ort, welcher den Mittelpunkt des bürgerlichen Lebens und der Geschäfte einer Person bildet“.²⁾ Die Person ist

¹⁾ cf. das Referat von E. Gaulis, gehalten in der Jahresversammlung des Schweiz. Juristenvereins 1864, abgedr. in der „Zeitschrift für schweiz. Recht.“ Bd. XIII S. 8 ff. cf. ferner Friedr. v. Wyss, ebenda S. 60 ff.

²⁾ cf. Arndts, Pandekten § 41. Aehnliche Definitionen bei Windscheid, Pandekten § 36: „Der Mittelpunkt seiner Verhältnisse und seiner Thätigkeit“, Unger, System des österr. Privatrechts I 64: „Der juristische Mittelpunkt des Daseins der Person. Hervorzuheben ist auch die Definition von Savigny i. s. System des R. R. VIII § 42: „der Wohnsitz eines Menschen ist derjenige Ort, welchen derselbe zum bleibenden Aufenthalt und dem Mittelpunkt seiner Rechtsverhältnisse und seiner Geschäfte frei gewählt hat.“ l. 7 C. de incolis 10, 39 . . . „domicilium . . . ubi quis . . . rerum ac fortunarum suarum summam constituit . . .“ Ungenügend sind dagegen die Definitionen, welche nur einzelne Merkmale des Domizils, wie z. B. längern Aufenthalt an einem bestimmten Orte, hervorheben, wie z. B. Glück, Pandekten-Commentar Bd. VI § 512, Kierulff a. a. O. S. 122, Bethmann-Hollweg, Versuche S. 23.

hiebei als Mittelpunkt eines Kreises von Rechten und Pflichten gedacht und gilt da als angesessen, wohin die Gesamtheit dieser gleichwie nach einem Centrum hinweist. Durch bündige Einfachheit und Klarheit empfiehlt sich die Definition des französischen Code civil in Art. 102: „Le domicile de tout français est au lieu, où il a son principal établissement.“

III. Wenn von „Domizil“ schlechthin die Rede ist, so wird darunter das allgemeine bürgerliche Domizil verstanden, d. h. der Ort, wo die Person mit Bezug auf die Gesamtheit ihrer privatrechtlichen Rechte und Pflichten als bleibend und ununterbrochen gegenwärtig betrachtet wird. Von Domizilen anderer Art ist namentlich zu erwähnen das politische Domizil, welches sich an dem Ort befindet, an welchem die Person hinsichtlich ihrer politischen Rechte und Pflichten als angesessen betrachtet wird.³⁾ Dasselbe fällt mit dem allgemeinen bürgerlichen Domizil durchaus nicht immer zusammen. Nach der Gesetzgebung der meisten Kantone hat der Bürger, wenn er auch nur am Abstimmungstage in seiner Heimatgemeinde verweilt, daselbst Stimm- und Wahlrecht, somit politisches Domizil. Ferner sind Frauen, Minderjährige und im Aktivbürgerrecht eingestellte Personen immer ohne politisches Domizil. Im weitern ist zu erwähnen das „Armendomizil“ oder „der Unterstützungswohnsitz“, „domicile de secours“, der sich nach den meisten schweiz. Gesetzgebungen, ganz abgesehen vom Wohnsitz, in der Heimatgemeinde befindet.⁴⁾ Endlich sei noch das Steuerdomizil genannt, welches oft in sehr freigebiger Weise zugetheilt wird, und bekanntlich nicht etwa bloss am Wohnsitz besteht.

IV. Nun beruht die oben angedeutete materiell verschiedene Behandlung des Domizils in den einzelnen Kantonen gerade wesentlich darauf, dass über das Domizil schlechthin Bestimmungen getroffen sind, welche nicht den allgemeinen festen Wohnsitz im Auge haben, sondern ein Domizil anderweitigen Sinnes, insbesondere das politische oder das polizeiliche Domizil. Namentlich wird in einzelnen Kantonen der Begriff der Niederlassung mit demjenigen des

³⁾ Das franz. Recht unterscheidet ausdrücklich zwischen dem bürgerlichen und dem politischen Domizil. cf. B. G. VI 154.

⁴⁾ In Deutschland ist der Unterstützungswohnsitz durch ein Reichsgesetz vom 6. Juli 1871 geordnet.

Domizils identifiziert⁵⁾ und auf diesem Wege das Domizil im allgemeinen an Voraussetzungen geknüpft, welche eben nur speziell beim politischen und polizeilichen Domizil am Platze sind, mit dem Charakter des allgemeinen bürgerlichen Wohnsitzes dagegen durchaus nicht im Einklange stehen. Es kann aber keinem begründeten Zweifel unterliegen, dass „Domizil“ und „Niederlassung“ zwei total verschiedene Begriffe sind. Wie man allgemein annimmt, bezeichnet „Niederlassung“ im wesentlichen die politische und polizeiliche Zugehörigkeit des Bürgers zu einem gewissen Ort, während man unter Domizil den allgemeineren bürgerlichen Wohnsitz versteht. Es leuchtet ein, dass jemand mit Bezug auf ein Gewerbe etc. auch zu einem andern Orte als demjenigen seines Wohnsitzes in enger Beziehung stehen kann, so z. B. der Inhaber einer ausser seinem Wohnorte gelegenen Fabrik oder eines Gütergewerbes, und in solchen Fällen ist es gewiss gerechtfertigt, wenn die kantonale Gesetzgebung, in Würdigung der gewerblichen und polizeilichen Bedeutung dieses Verhältnisses vorschreibt, dass an diesem zweiten Orte die „Niederlassung“ genommen werden müsse. Dadurch wird hier indessen offenbar nicht das allgemeine Domizil begründet, dasselbe bleibt vielmehr am allgemeinen bürgerlichen Wohnsitz des Inhabers der Fabrik etc. Der wesentliche begriffliche Unterschied zwischen Niederlassung und Domizil scheint uns unbestreitbar.⁶⁾ Diese beiden Institutionen gehören einer ganz verschiedenen Rechtssphäre an. Die „Niederlassung“, wie analog das „Aufenthalter“-Verhältniss, sind Schöpfungen des öffentlichen Rechtes, der politischen und polizeilichen Staatsverwaltung, während dagegen das Domizil durchaus privatrechtlicher Natur ist und auch regelmässig in der Lehre vom Privatrecht seine Behandlung findet. Hieraus ergibt sich zunächst, dass die Anwendung des Art. 59 nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob und an welchem Orte der Schuldner „niedergelassen“

⁵⁾ So in Schwyz, Glarus, Zug, Appenzell A. Rh., St. Gallen, Graubünden. cf. Gaulis a. a. O. S. 19 ff. — Auch das Konkordat über Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse definirt: „Als domizilirt ist zu betrachten jeder Bürger eines schweiz. Kantons, welcher sich in einem andern Kantone niederlässt.“

⁶⁾ Auf den Gegensatz der beiden Begriffe ist namentlich aufmerksam gemacht worden von Friedr. v. Wyss i. d. „Zeitschrift für schweiz. Recht“ Bd. XIII S. 46 und derselbe ist auch betont worden bei den Verhandlungen über das Ausführungsgesetz zu Art. 46 der B. Verf. cf. B. 1876 IV 41 ff. Im übrigen ist zu verweisen auf die Citate in der folgenden Note.

sei. (cf. § 10 Note 31.) Im weitem muss gesagt werden, dass die Frage, ob der Schuldner im Sinne des Art. 59 festen Wohnsitz in der Schweiz habe, überhaupt nicht nach Massgabe der kantonalen Gesetze über die Niederlassung beurtheilt werden darf⁷⁾, und zwar auch dann nicht, wenn diese Gesetze zwar von „Wohnort“ oder „Wohnsitz“ reden, thatsächlich aber von der Niederlassung handeln. Dieser Satz ist wol unanfechtbar, sobald man den Wesensunterschied zwischen Domizil und Niederlassung zugibt; und derselbe kann nicht genug betont werden; denn hauptsächlich die Identifizierung von „Niederlassung“ und „Domizil“ hat zu der Verwirrung geführt, welche in der Schweiz zur Zeit noch über das Wesen des „festen Wohnsitzes“ herrscht. Der Begriff des Domizils, welcher auf Grundlage der Anschauungen der römischen Juristen durch die Wissenschaft abgeklärt und festgestellt wurde, ist gerade darum ein kosmopolitischer und mit geringen Nuancen in allen Gesetzgebungen der nämliche. Hält man sich bei der Anwendung des Art. 59 an diesen Begriff, welcher allein darin gemeint sein kann⁸⁾, so wird auch jene Verwirrung, welche wesentlich die Folge einer Gleichstellung resp. Verwechslung zweier begrifflich verschiedener Einrichtungen ist, dahinfallen. Die Kontroversen, welche bleiben, sind meist nicht durch die Gesetzgebung gelöst, welche in der Regel nur ganz allgemein den Begriff des Domizils formulirt, sondern es tritt, innerhalb des Rahmens der gesetzlichen Definition, das freie wissenschaftliche Urtheil in seine Rechte. (cf. § 7.)

§ 10. Die Begründung des Domizils.

I. Die Begründung des Domizils ist in der Regel dem freien Willen der Person überlassen. Da indessen der Wille, als etwas

⁷⁾ Den nämlichen Gedanken finden wir, wenn auch weniger bestimmt, schon ausgesprochen bei Rüttimann i. d. „Zeitschrift f. schweiz. Recht“ Bd. XVI S. 19, und im Votum Rüttimann im Rekursfalle Kübler B. 1867 II 491, ferner bei Feigenwinter a. a. O. S. 47, Heusler a. a. O. S. 75, Roguin a. a. O. S. 39 ff. cf. Endemann, Comm. z. deutschen Civ. Proz. O. zu § 13 S. 246. — Der im Text geäusserten Auffassung steht auch namentlich die Rechtssprechung des Bundesgerichts zur Seite, in welcher der Gegensatz der beiden Begriffe öfters hervorgehoben wird (cf. z. B. B. G. I 154 E. 2); dagegen herrschte beim Bundesrath in dieser Hinsicht nicht immer volle Klarheit.

⁸⁾ Der Ausdruck „fester Wohnsitz“ ist in dieser Hinsicht viel klarer als derjenige des Konkordates: „sesshaft.“

Innerliches, erst wahrnehmbar wird, wenn derselbe in der Form der That in der Sinnenwelt erscheint, so beginnt dessen rechtliche Bedeutung naturgemäss erst mit seiner Kundgebung. Das Domizil kann also erst dann als begründet angesehen werden, wenn dem Domizilswillen oder „*animus domicilii*“ auch das thatsächliche Verhalten der Person entspricht. Dieser Satz bildet die Grundlage der Lehre vom Domizil und ist als solche schon von den Römern erkannt und hervorgehoben worden. So heisst es z. B. in l. 20 D. ad munic. 50. 1: „*Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione*“, und die nämliche Lehre finden wir auch bei den neueren Schriftstellern.¹⁾ Daran aber, dass zur Begründung des Domizils der darauf gerichtete Wille erforderlich sei, ist festzuhalten. Es muss also die Handlung als Ausdruck des Willens erscheinen, mit a. W. als realisirter Wille.

II. Die naheliegendste Aeusserungsform des *animus domicilii* ist die unmittelbare mündliche oder schriftliche Erklärung desselben zu Handen der Gemeindebehörde, sowol derjenigen des neugewählten als des verlassenen Wohnorts. Die französische Gesetzgebung dürfte daher das Richtige getroffen haben, indem sie in Art. 104 des Code civil als Regel festsetzt, dass der Beweis des Domizils an die Abgabe solcher Erklärungen geknüpft sei.²⁾ Wie verhält es sich nun aber, wenn die Willenserklärung im Widerspruch steht mit den Thatsachen, bei der sog. „*protestatio facto contrario*“, insbesondere bei den ziemlich häufigen fingirten Willenserklärungen? In Fällen dieser Art mangeln offenbar beide Erfordernisse zur Begründung des Domizils, sowol der Domizilswille; — denn der bloss zum Schein erklärte Wille ist eben nicht der wahre Wille — als auch die Verwirklichung des angeblichen *animus domicilii* durch ein demselben entsprechendes thatsächliches Verhalten. Unzweifelhaft kommt es daher auf blosse

¹⁾ cf. Savigny, System VIII 61, Kierulff Theorie d. gem. Civilrechtes S. 122, Windscheid, Pand. § 36, Wetzell, Lehrb. d. Civilprozesses S. 428, Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 23, Glück a. a. O. § 513, Blumer a. a. O. I 428, Fracheboud im Rekurs Butlar, B. 1864 II 521 und Blumer ebenda S. 661. B. G. I 151 ff. E. 4, III 452 E. 3, 619 E. 3, IV 15 E. 1, VI 184 E. 2, 367.

²⁾ Genf hat diese Bestimmung wörtlich rezipirt in Art. 105 des Code civil, und wenigstens dem Sinne nach ferner Neuenburg in Art. 55, Waadt in Art. 29, Wallis in Art. 37, Freiburg in Art. 42—44. Aehnliche Vorschriften bei Aargau und Luzern. cf. Gaulis a. a. O. S. 30 ff. 76 und B. G. I 26 ff., 203 ff., 228 ff.

Scheinerklärungen für die Frage des Domizils nicht an.³⁾ Dies ist in der Praxis der Bundesbehörden von jeher anerkannt worden. Der Bundesrath fällte hierüber schon im J. 1855 einen prinzipiellen Entscheid, indem er in einem Konflikte zwischen Uri und Schwyz, betreffend einen Vertrag „über die Rechtsverhältnisse der Urner, welche sich in der schwyzerischen Grenzgemeinde Römerstalden aufhalten“, die von Uri aufgestellte Interpretation dieses Vertrages, wornach diejenigen Urner, welche thatsächlich in Schwyz wohnen, sich durch blosse Willenserklärung ihr Domizil in Uri wahren könnten, als mit dem Gedanken des Domizils unvereinbar erklärte. Die vorliegende Frage fand sodann im J. 1864, anlässlich des Rekurses Butlar, im Schoosse der Bundesversammlung eine gründliche Besprechung, und hiebei wurde allseitig die Ansicht geäußert, dass einer fiktiven Domizilserklärung keine rechtliche Wirkung zukommen könne. In Uebereinstimmung hiemit steht ein Entscheid der Bundesversammlung vom J. 1870, in S. Iseli u. andere.⁴⁾ Offenbar würde auch ein Attestat der Gemeindebehörde zum Beweis des Domizils nicht ohne weiteres genügen, denn hierüber zu urtheilen ist einzig Sache des kompetenten Richters.⁵⁾

III. Angesichts der realen Verhältnisse des Lebens würde es indessen nicht angehen, die unmittelbare Kundgebung des Domizilswillens als allein gültige Aeusserung desselben zu erklären. Die Folge wäre, dass in einer Menge von Fällen kein Domizil angenommen werden dürfte, wo doch ein solches beabsichtigt und realisiert

³⁾ Uebereinstimmend Glück a. a. O. § 513, Zachariae, Handbuch d. franz. Civilrechts § 144, Merlin, „Répertoire universel et raisonné de jurisprudence“ T. XVI m. „domicile“ § II.

⁴⁾ cf. U. 566 (1855, in S. Uri u. Schwyz), B. 1853 II 575, f. in S. Butlar B. 1864 II 242—247, insbes. E. 6, 516—524, 839—842, 658—665 und Blumer a. a. O. I 433 ff., B. 1869 I 982, B. 1869 III 632—638, in S. Iseli, bestätigt durch die B. Vers., f. B. 1870 I 41 ff., 44 ff., 1872 III 525—528, der ebenfalls durch die B. Vers. bestätigte Entscheid in S. der „Société des Charbonnages et Hauts-Fourneaux du Valais“, welche, um sich den Gesetzen ihres wahren Domizils im Kanton Wallis zu entziehen, ihren Sitz durch die Statuten nach Genf verlegt hatte, — und den Entscheid des Bundesrathes vom 20. Jan. 1875 in dem ähnlichen Falle des „Crédit foncier Suisse“, B. 1876 II 246—250, f. B. G. I 151 ff., 155, 156—159, 236—239, III 452 E. 3, IV 15 E. 3, 221 E. 2, 526 E. 3. Die fiktiven Domizilserklärungen dienen, wie auf der Hand liegt, in der Regel nur der Zahlungsflucht.

⁵⁾ B. G. I 236—239, s. aber auch B. G. III 254 E. 3. cf. § 19 II.

ist. Der ausdrücklichen Erklärung des Domizilswillens muss daher die Aeussierung desselben durch sog. „konkludente Handlungen“ gleichgestellt werden. Dies geschieht auch im franz. Code civil, Art. 105. Unter konkludenten Handlungen sind überhaupt solche zu verstehen, welche einen Schluss auf den Willen, im vorliegenden Falle auf denjenigen des Domizils gestatten. Welches sind nun die Thatsachen, in denen dieser Wille zum Vorschein kommt, mit a. W. die äussern Merkmale des festen Wohnsitzes? Die Beantwortung dieser Frage zeigt die stets wiederkehrende Schwierigkeit, die manigfaltige, reiche Entwicklung des Lebens in eine feste Regel zu bringen. Leicht ist es zwar, eine allgemeine Formel aufzustellen, welche die hervorragendsten Zeichen des Domizils enthält, nie vermag eine solche indessen alle vorkommenden Fälle zu umfassen. So bleibt eben nichts übrig, als die äussern Merkmale zu suchen, welche vorzugsweise bekunden, dass ein gewisser Ort den Mittelpunkt des Daseins einer Person bilde.

IV. Als das sicherste Kriterium des Domizils gilt der dauernde Aufenthalt an einem bestimmten Ort.⁶⁾ Hiebei kommt es aber nicht sowol auf eine thatsächlich lange Dauer des Aufenthaltes, als vielmehr darauf an, dass derselbe als dauernd beabsichtigt sei. Den Vorsatz, an einem Orte dauernd zu bleiben, hat man aber überhaupt dann, wenn man sich vornimmt, daselbst so lange zu verweilen, bis allfällig künftig eintretende, noch ungewisse Umstände zu einem Wechsel des Aufenthaltes Anlass geben.⁷⁾ Selten wird jemand von vornherein die Absicht haben, sein Leben lang da zu bleiben, wo er einmal ist, und mit Recht betonen die röm. Quellen: „domicilii ratio temporaria est“. Daher ist auch nicht abzusehen, warum am festen Wohnsitz dann gezweifelt werden sollte, wenn dieser an dem betreffenden Orte nur für einen gewissen Zeitraum, z. B. für die

⁶⁾ cf. Kierulff a. a. O. S. 126, 127, Glück a. a. O. § 512, Zachariae a. a. O. § 144, Gesterding, im Archiv f. d. Civ.-Praxis Bd. VII S. 412, U. 566 (1855), 875 (1862), B. 1868 II 484 E. 3, B. G. I 26, III 619 E. 3, B. G. IV 525 E. 2. „Der Wohnsitz ist da, wo Jemand in der Absicht, dauernd zu bleiben, thatsächlich sich aufhält.“ Aehnlich B. G. V 52 E. 1, B. G. V 23 E. 2: „Der feste Wohnsitz einer Person befindet sich da, wo dieselbe mit der Absicht des bleibenden Aufenthaltes thatsächlich wohnt.“ f. B. G. VI 367.

⁷⁾ cf. die Stellen der vor. Note u. Bayer, Vorträge über den Civilprozess S. 118 (7. Aufl.), Savigny a. a. O. S. 59. cf. l. 7 C. de incolis, 10, 39.

Dauer eines Anstellungsverhältnisses beabsichtigt wird.⁸⁾ Im fernern bleibt der Aufenthalt nichts destoweniger ein dauernder, wenn auch in demselben vorübergehende Unterbrechungen stattfinden. Bei Annahme des Gegentheils müsste so ziemlich jedermann der feste Wohnsitz abgesprochen werden. Denn wer unternimmt nicht hie und da eine Geschäfts- oder Vergnügungsreise, ohne dabei an eine Domizilsänderung zu denken. Zum festen Wohnsitz genügt der regelmässige, wenn auch nicht ununterbrochene, dauernde Aufenthalt an einem bestimmten Ort.⁹⁾ Etwas zweifelhafter wird das Domizil, wenn die Unterbrechungen des Aufenthaltes nicht mehr bloss ausnahmsweise vorkommen, sondern sich so häufig wiederholen und so lange dauern, dass von einem regelmässigen Aufenthalte nicht mehr die Rede sein kann. Beispiele derart zeigen sich sehr häufig. Man denke an die Stellung des Commis-Voyageur, der die grösste Zeit des Jahres auf Reisen zubringt, an die wandernden Graubündtner und Tessiner, welche im Winter in den Städten verweilen, um als Kaminfeger, Kastanienbrater u. s. w. ihren Lebensunterhalt zu erwerben, des Sommers aber wieder heim in ihre Berge ziehen, und an die Sennen, welche im Frühling zur Alp fahren und dort Monate lang verbleiben. Alle diese Personen und manche andere in ähnlichen sozialen Verhältnissen nennen in der Regel doch eine bestimmte Stätte ihre Heimat, wohin sie regelmässig wiederkehren, und wo sie sich „daheim“, „zu Hause“ fühlen. An der Absicht, einen festen Wohnsitz zu haben, fehlt es hier in der Regel nicht, und wenn dieselbe auch nur von Zeit zu Zeit realisirt wird, so wäre es eine nicht zu rechtfertigende Härte, diese Personen zu den

⁸⁾ Die neuern Schriftsteller bezweifeln, dass in solchen Fällen Domizil begründet werde. Anders und richtig dachten in dieser Hinsicht die ältern, wie Lauterbach, Pütter, Engel, Kramer. cf. hierüber die Citate bei Gesterding a. a. O. S. 413, und Seuffert, Archiv Bd. XIV, Nr. 65. Das Bundesgericht hat angenommen, dass bei der zeitweisen Anstellung einer Person als Hotelsekretär die Begründung des Domizils anzunehmen sei. B. G. V 24. cf. Note 14.

⁹⁾ cf. Savigny VIII 58, Bayer S. 118, Gesterding S. 416, Kierulff S. 127, Civ. Proz. Ord. f. d. Deutsche Reich § 14. cf. U. 875 (1862), B. 1864 II 242 ff. E. 6, 1867 I 571, 609, 1868 II 475 E. 1—3, 1869 III 632—638, 1870 II 142 E. 2, 153, 154 E. 4, 1873 II 20 ff., B. G. I 151 ff., II 19, 66 E. 4, III 452 E. 3. Das Domizil wird beibehalten trotz längerer Zurückhaltung in auswärtiger Untersuchungshaft. S. B. G. I 216 E. 4. Der Handwerker, welcher sich zur Ausführung einer Arbeit für einige Wochen von Hause weg begibt, verändert damit sein Domizil nicht. B. G. V 174 E. 3.

Wohnsitzlosen zu zählen, und denselben damit die Garantie des Art. 59 zu entziehen. Die Mehrzahl der Schriftsteller nimmt denn auch an, dass es in Fällen, wo der bestimmte Wille erkannt werden kann, einen Ort zum festen Wohnsitz zu haben, nicht auf die grössere oder geringere Dauer des Aufenthaltes an diesem Ort ankomme.¹⁰⁾ Das Domizil wird daher, sobald die Absicht, dasselbe an einem bestimmten Ort zu begründen, gefasst ist, schon erworben am ersten Tage des Wohnens an diesem Ort und nicht verloren durch eine längere Abwesenheit von demselben.¹¹⁾ Immerhin ist aber daran festzuhalten, dass der Aufenthalt von Anfang an als ein dauernder beabsichtigt gewesen sein muss. Wer an einem Orte bloss provisorisch Aufenthalt nimmt, erwirbt daselbst kein Domizil, auch nicht wenn jener successive auf Jahre hinaus verlängert würde; denn im letztern Falle ist auch das weitere Verbleiben gewissermassen ein zufälliges und vermag den mangelnden Domizilswillen nicht zu ersetzen.¹²⁾ Dagegen wird fester Wohnsitz allerdings an-

¹⁰⁾ cf. Windscheid, Pand. § 36 Note 3, Kierulff S. 124, Glück § 513, Savigny S. 60, Zachariae § 146 Note 1, Aubry et Rau „Cours du droit civil français“ I S. 581 und die dortigen Citate. B. G. I 26 ff., 207 E. 5, II 19.

¹¹⁾ cf. Merlin, Rép. m. dom. § II.

¹²⁾ cf. Kierulff S. 123 ff., Bar S. 77 u. 100 Note 20, Bayer S. 418, Savigny S. 58 ff., Gesterding S. 413, Wetzell S. 427. Interessante Entscheidungen bei Merlin „Recueil alphabétique de questions de droit.“ Paris 1800 v. dom. § IV. cf. l. 2 C. de incolis 10, 39. Aus der Bundespraxis vergl. U. 303 E. 2 (1855), 259 (1857), 865 (1863), s. f. B. 1876 IV 40. Für das bloss provisorische Verweilen an einem Orte haben die Römer den Ausdruck „commorari.“ cf. z. B. l. 3 C. de incolis 10, 39. — Die französische Jurisprudenz unterscheidet zwischen „domicile“ und „résidence“ oder „simple habitation“. cf. Zachariae § 141. — Der Begriff der „résidence“ ist insofern auch für das schweizerische Recht und speziell den Art. 59 der B. Verf. von Bedeutung, als der Staatsvertrag mit Frankreich v. J. 1869, welcher der genannten Verfassungsvorschrift im Falle des Widerspruchs derogirt (cf. § 6), in Art. 1 l. 3 bestimmt, dass Klagen auf Erfüllung eines vom Beklagten, sei es in der Schweiz oder in Frankreich, aber ausser seinem Wohnort eingegangenen Vertrags bei dem Richter des Ortes, wo der Vertrag abgeschlossen wurde, angehoben werden können, sofern die Parteien zur Zeit der Klagestellung daselbst ihren Aufenthalt haben, „y résident.“ Mit den letztern Worten ist, wie aus dem „Erläuternden Protokoll“ zum Staatsvertrag, vom gleichen Tage, hervorgeht, nicht Aufenthalt im Sinne der deutschrechtlichen Auffassung gemeint, sondern „résidence“. Solche ist, wie am gleichen Orte ausgeführt wird, nicht anzunehmen, wenn der Beklagte nur zufälliger Weise vorübergehend an dem Orte, wo der Vertrag geschlossen wurde, anwesend ist, z. B. um einem Feste beizuwohnen, oder bei Gelegenheit einer Geschäftsreise oder einer gerichtlichen Zeugenabklärung, sondern nur dann, wenn der Aufenthalt,

genommen werden müssen, wenn der Wille, den Aufenthaltsort zum festen Wohnsitz zu haben, später hinzutritt, z. B. in Folge von Eheirathung, Uebernahme eines Gewerbes. — Hieraus ergibt sich, dass diejenigen Definitionen des Domizils unrichtig sind, welche als Wesen desselben ausschliesslich den regelmässigen Aufenthalt an einem bestimmten Orte bezeichnen, wie z. B. im Civilgesetzbuch von Aargau, Art. 33, geschieht. Ob die Absicht des dauernden Aufenthaltes im konkreten Falle vorliege, ist ebenfalls wieder nach den äussern Umständen zu beurtheilen, unter denen der Aufenthalt begründet und fortgeführt wurde. Das wichtigste Indizium bleibt die Dauer des Aufenthaltes selbst. Wer längere Zeit an einem Orte verweilt, hat die Vermuthung für sich, dass er diesen Ort als seinen Wohnsitz betrachte.¹³⁾ Folgende Momente deuten dagegen auf die Absicht eines bloss vorübergehenden Aufenthaltes hin: das Logiren im Wirthshause, blosses Kostgänger-Verhältniss, vorübergehender Zweck des Aufenthaltes, wie Hausiren und Colportiren, Besuch eines Marktes oder Festes, Benutzung einer Heil- oder Bildungsanstalt, blosses Gesellen- oder Dienstboten-Verhältniss.¹⁴⁾

V. Die Absicht, einen Ort zum Mittelpunkt des bürgerlichen Lebens und der Geschäfte zu haben, tritt ferner namentlich zu Tage in der Thatsache, dass die Person an diesem Orte wohnt. Nicht gleichgültig ist die Art und Weise des Wohnens. Von demjenigen, der ein Haus kauft und als Wohnung bezieht, sich an einem Ort, wie man zu sagen pflegt, „häuslich niederlässt“, wird man wenigstens in der Regel annehmen können, er habe dorthin den örtlichen Mittel-

obwol ein vorübergehender, nicht durch zufällige Umstände, wie oben angedeutet, veranlasst wurde. Was hierunter genauer zu verstehen sei, erscheint durch das Erläuternde Protokoll freilich nicht abgeklärt und in der französischen Jurisprudenz ebenfalls nicht fest zu stehen. cf. Curti a. a. O. S. 58 ff. cf. § 30.

¹³⁾ cf. Gesterding S. 414, Wetzlar 438 und Note 12.

¹⁴⁾ cf. U. 566 (1855), B. 1870 I 578, 1873 II 18, B. G. I 155, II 219, IV 15 E. 2. Der Geselle auf der Wanderschaft gilt an dem Ort, wo er in Arbeit steht, nicht als domizilirt. cf. B. 1866 I 465, 1867 I 604, 605, 1870 I 578, 1870 II 574, 579, in S. Rimensperger, bestätigt von der B. Vers., s. 1870 II 59, 60, 1871 II 373, 374, 1872 III 784, 1873 II 18, B. G. I 151, s. f. II 41, 43, III 619 E. 3. Als Surrogat des forum domicilii hat die deutsche Reichs-Civ. Proz. O. für solche Personen den Gerichtsstand des dauernden Aufenthaltes, in § 21 Abs. 1.

punkt seines Lebens verlegt.¹⁵⁾ Anderseits ist aber nicht zu bezweifeln, dass auch das blosse Miethverhältniss als Grundlage des Domizils dienen kann; bildet ja doch letzteres in den Städten die Regel. Ueberhaupt steht die Frage des Domizils in keinem direkten Zusammenhang mit dem Rechtsverhältniss, durch welches das Wohnen an einem Orte vermittelt wird. Desshalb ist es auch schief, die Frage, ob der Pächter auf dem Pachtgute seinen Wohnsitz habe, im allgemeinen zu lösen. Es kommt hiebei eben auf die konkreten Verhältnisse, namentlich darauf an, ob der Pächter die Liegenschaft selbst bewirthschaftet und bewohnt oder dieselbe durch andere besorgen lässt. Personen, welche bloss irgendwo ein Zimmer inne haben, sind im Zweifel nicht als domizilirt zu betrachten. Von Bedeutung ist ferner der Umstand, ob die Person in ihrer Wohnung Mobilien von erheblichem Werth besitzt oder auch diese von ihr gemiethet sind.¹⁶⁾ Bei verheiratheten Personen wird das Domizil in der Regel da anzunehmen sein, wo die Familie wohnt; von dem, der Frau und Kind anderswo zurücklässt, ist zu vermuthen, dass er einen bloss vorübergehenden Aufenthalt beabsichtige.¹⁷⁾ Blosse Vorbereitungshandlungen zur Verlegung des Wohnsitzes, wie z. B. Abschluss eines Miethvertrages, Anschaffung von Möbeln u. s. w., sind selbstverständlich zur Begründung des Domizils ungenügend.¹⁸⁾

VI. Das Domizil, als der örtliche Mittelpunkt des Daseins der Person, befindet sich überhaupt da, wo dieselbe die wichtigsten Akte ihres bürgerlichen Lebens und die Gesammtheit ihrer Thätigkeit ausübt.¹⁹⁾ So bildet insbesondere die Ausübung der politischen Rechte

¹⁵⁾ cf. U. 303 (1854), B. 1869 I 972, 1873 II 18, B. G. II 66 E. 4, III 53 E. 2, 67, 68. Den Römern war domus und domicilium geradezu gleichbedeutend. cf. l. 203 D. V. S. 50. 16.

¹⁶⁾ U 875 (1862), B. G. I 151, IV 221 E. 2, 375 ff. cf. VI 367.

¹⁷⁾ cf. U. 303 (1854), B. 1867 I 604 E. 3, 1869 I 972, 1873 II 18, B. G. I 26, 158 E. 3, II 47 E. 5, 66 E. 4, IV 558, VI 185. S. f. B. 1873 II 18, wo bei einem Arbeiter, der sich die Woche hindurch am Orte der Fabrik aufhielt, und nur Sonntags heimkehrte, entschieden wurde, das Domizil befinde sich da, wo die Familie wohne. Ein ähnlicher Entscheid bei U. 890 (1855).

¹⁸⁾ cf. betr. Rekurs Butlar, Fracheboud in B. 1864 II 521, 522, Blumer B. 1864 II 663, s. f. 1869 III 638, B. G. VI 185.

¹⁹⁾ Wie trefflich ist dies gesagt in l. 27 § 1 D. ad munic. 50. 1: „Si quis negotia sua non in colonia, sed in municipio semper agit, in illo vendit, emit, contrahit, eo in foro, balneo, spectaculis utitur, ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum, fruitur, ibi magis habere domicilium, quam ubi colendi causa deversatur.“

ein Indizium des Wohnsitzes; in der Regel wird das politische Domizil mit dem allgemein bürgerlichen zusammenfallen.²⁰⁾ Als gewichtiges Zeichen des Domizils galt namentlich früher der Einkauf ins Bürgerrecht der Wohngemeinde.²¹⁾ Aus dem Zahlen von Steuern kann dagegen nicht ohne weiteres auf das Domizil am betreffenden Ort geschlossen werden; denn solche, insbesondere Grund- und Gewerbesteuern, werden bekanntlich auch von auswärts Wohnenden bezogen.²²⁾ Ebenso wenig ist es von grosser Bedeutung, wo der Militärdienst geleistet werde²³⁾; denn dies hängt oft von zufälligen Umständen ab, auch ist hiezum jeder diensttaugliche Schweizerbürger pflichtig, die Wohnsitzlosen nicht ausgenommen. Wer ein Geschäft oder ein Gewerbe betreibt, hat sein Domizil fast immer da, wo die äussern Anstalten sich befinden, in denen jenes besteht und sich bewegt; denn für den Berufsmann ist in der Regel das Geschäft der hauptsächliche Wirkungskreis. Der Kaufmann gilt am Orte seiner Waarenniederlage oder seines Comptoirs als domizilirt, der Handwerker da, wo er sein Gewerbe ausübt.²⁴⁾ Auch hier gibt es aber wieder Ausnahmen. So darf u. a. beim Fabrikbesitzer nicht ohne weiteres angenommen werden, dass derselbe sein persönliches Domizil am Orte des Etablissements haben wolle, und wenn sich derselbe mit seiner Familie in der Stadt oder auf einem Landgute aufhält, so wird der allgemeine bürgerliche Wohnsitz eher am letzten Ort zu suchen sein. In städtischen Verhältnissen kommt es ferner oft vor, dass die Inhaber von Verkaufsmagazinen und gewerblichen Etablissements ausserhalb der Stadt wohnen und dort ihren Wohnsitz haben. Auch die zahlreichen Arbeiterfamilien, welche, um billiger leben zu können, in der Umgebung der Stadt wohnen und

²⁰⁾ In den Entscheidungen der Bundesbehörden ist auf folgende Momente Gewicht gelegt worden: Besuch der Gemeindeversammlungen, cf. B. G. I 154 E. 4, s. dag. U. 890 E. 2 (1854), B. 1868 III 39, 295, 1870 II 157; Bezug des Bürgernutzens, cf. B. 1867 I 604, B. G. I 158 E. 3; Besuch der Ortsschule durch die Kinder, cf. B. 1867 I 604 E. 3, s. dag. B. G. I 25 ff.

²¹⁾ cf. U. 276 E. 1 (1860).

²²⁾ cf. U. 890 E. 2 (1854), 875 E. 4 (1862), B. 1873 II 18, B. G. I 155. Ganz bedeutungslos ist jener Umstand aber nicht, vergl. B. 1867 I 604 E. 3, B. G. I 155, II 19, IV 12 ff., 30 E. 2, 526 E. 3.

²³⁾ Ein Indizium liegt darin immerhin. cf. U. 907 (1862), B. G. III 452 E. 3.

²⁴⁾ cf. U. 303 (1854), B. 1868 II 467 E. 1, 484, 1872 III 525—528, 1873 II 18, B. G. IV 15 E. 2, V 311.

Morgens in diese zur Arbeit gehen, sind nicht hier, sondern da wo sie die Nacht zuzubringen pflegen, domizilirt.²⁵⁾

VII. Für die Frage des Domizils ist ferner von Wichtigkeit, ob die Person die „Niederlassung“ genommen habe oder blosser „Aufenthalter“ sei. Die erstere Form des Verbandes mit der Gemeinde, die engere und zugleich kostspieligere, wird in der Regel nur derjenige wählen, welcher dort festen Wohnsitz zu nehmen beabsichtigt. Im fernern ist die Niederlassung gewöhnlich an das Erforderniss längeren Aufenthaltes, resp. die Betreibung eines selbständigen Berufes oder Gewerbes, oder daran geknüpft, dass die Person eigen „Feuer und Rauch“ führe. Die thatsächlichen Grundlagen der Niederlassung und des Domizils zeigen eine so grosse Aehnlichkeit, dass in den meisten Fällen da, wo die Niederlassung vorliegt, auch das Domizil angenommen werden darf. Wohnsitz und Niederlassung sind in der äussern Erscheinung der Regel nach so sehr übereinstimmend, dass man dazu gelangen konnte, dieselben für gleichbedeutend zu halten. Einer nähern Prüfung kann indessen nicht entgehen, dass die beiden Begriffe in ihrem Wesen durchaus verschieden sind, hiefür ist auf das in § 9 IV Gesagte zu verweisen. Gewiss ist nicht zu verkennen, dass auch das blosse Aufenthalterverhältniss die Grundlage des Domizils bilden kann²⁶⁾, und auf der andern Seite schreiben die Gesetze oft auch selbst Personen die Niederlassung vor, welche im Kanton ein Gewerbe betreiben, oder ein Etablissement besitzen, obgleich dieselben anderwärts wohnen; in Fällen der Art wäre es meist falsch, das Domizil anderswo als am Wohnsitz anzunehmen.²⁷⁾ Endlich ist hier daran zu erinnern, dass zur Begründung des Wohnsitzes in allen Fällen die thatsächliche Verwirklichung des Domizilswillens gehört, und hiezu kann die blosse Erfüllung von Förmlichkeiten, wie die Aushinnahme einer Niederlassungsbewilligung, offenbar nicht genügen (cf. II), derartigen Akten kommt vielmehr bloss die Bedeutung eines Indiziums für das Domizil zu.

²⁵⁾ cf. B. 1873 II 18 ff., B. G. I 331 ff., dag. B. G. I 26 ff.

²⁶⁾ B. G. I 154, IV 15 ff., V 24, VI 184.

²⁷⁾ cf. U. 865 (1863), B. 1868 II 484 E. 3, B. G. I 15 ff., 155 E. 5, 159 E. 5, 375, II 66 E. 4, IV 221 E. 2, 342 ff., 525 E. 2, 3, VI 184. Die Hinterlegung der Ausweispapiere überhaupt ist ein Indizium des Wohnsitzes: U. 257 (1862), 907 (1863), B. 1868 II 466 E. 1, 1873 II 18, B. G. I 26 ff., 228, IV 12 ff., 30 E. 2, 558, V 24, 174 E. 3, VI 184.

VIII. Bisweilen zeigen sich Verhältnisse, bei denen es ausserordentlich schwer fällt, ein lokales Centrum des bürgerlichen Lebens und der Geschäfte, ein „établissement principal“ der Person zu ermitteln. Namentlich unter der begüterten Klasse gibt es Leute, welche die eine Hälfte des Jahres da, die andere dort zubringen, im Winter in der Stadt, im Sommer auf ihrem Landgute leben, an beiden Orten gleichmässig einen Haushalt führen, Mobiliar und Werthsachen besitzen und ihre Geschäfte besorgen. Zuweilen könnte man in solchen Fällen das Domizil fast mit gleichem Recht hier oder dort annehmen. Da ist es eben die Kunst der Interpretation, mit genauer Würdigung aller Verhältnisse den Willen der Person herauszufinden. Die feinsten Nüancen der thatsächlichen Verhältnisse können hiebei den Ausschlag geben. Oft wird man aber überhaupt zu keiner Gewissheit über den Ort des Domizils gelangen können; und in Fällen dieser Art dürfte es richtiger sein, das Vorhandensein eines festen Wohnsitzes überhaupt zu verneinen. cf. § 12.

§ II. Die Aufhebung des Domizils.

Als allgemeiner Aufhebungsgrund fällt zunächst in Betracht der Tod der Person; denn das Domizil ist ein höchst persönliches Rechtsverhältniss und geht nicht auf die Erben über.¹⁾

Im übrigen tritt die Aufhebung des Domizils, als das Gegentheil von der Begründung desselben, dann ein, wenn die Momente,

¹⁾ Keine Ausnahme hievon ist es, wenn die Ehefrau das Domizil ihres verstorbenen Ehemannes und das Kind dasjenige des Vaters fortsetzt; denn diese Personen behalten im Grunde nur ihr eigenes, schon früher inne gehabtes Domizil bei. cf. § 15. — Nach den meisten Gesetzgebungen sind persönliche Ansprachen an die ruhende, d. h. von den Erben noch nicht angetretene Erbschaft, bis zu deren Antretung — nach manchen Gesetzen Ansprachen an die Erbschaft, so lange diese unvertheilt bleibt — am Wohnorte des Erblassers anzubringen. Diese Rechtssätze stützen sich auf eine Fiktion, entweder diejenige der juristischen Persönlichkeit der hereditas jacens, oder diejenige der Fortexistenz der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers. Das sog. „forum hereditatis jacentis“ ist u. a. festgesetzt im Konkordat über Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse“, ferner in den Prozessordn. von Zürich § 212, Bern Satzg. 15, Luzern § 48, Schwyz Art. 14, Solothurn § 22, St. Gallen Art. 3, Graubünden § 27. Die Bundesbehörden haben dasselbe als mit dem Art. 59 vereinbar erklärt. cf. B. 1867 I 21—23, Schweiz. Gerichtszeitung Bd. I 1875 S. 178, B. G. II 57, III 21 E. 2. Man wird gegen diese Entscheidungen kaum etwas einwenden können.

welche zu letzterer nöthig waren, sich in ihr Gegenteil verwandeln. Das Domizil wird also aufgehoben beim Aufhören des Domizilswillens, verbunden mit der thatsächlichen Verwirklichung dieser Sinnesänderung. Es liegt zwar nahe zu argumentiren, wenn zur Begründung des Domizils die Vereinigung beider Momente, d. h. der realisirte Aufhebungswille erforderlich sei, so höre dasselbe schon dann auf, wenn auch nur einer der beiden zur Begründung nothwendigen Faktoren weg falle. Darnach wäre das Domizil aufgehoben, sobald die Absicht hiezu kundgegeben würde, trotz dem Sichgleichbleiben der faktischen Verhältnisse, und anderseits bei jeder längern Abwesenheit von Hause, überhaupt bei jedem Nachlassen in der Realisirung des Domizilswillens, trotz der bestimmten Absicht, das Domizil beizubehalten. Letztere Schlussweise, welche den Anschein logischer Richtigkeit hat, steht aber gewiss im Widerspruch mit dem allgemeinen Rechtsbewusstsein; dieses erblickt im Domizil etwas bereits Festgewordenes, das gewissermassen den Titel des Besitzes in sich trägt und nicht durch ein blosses Nachlassen in der Intensität des Willens oder der Thatsachen vernichtet werden kann, sondern einzig und allein durch den bestimmten entgegengesetzten Willen, verbunden mit der entsprechenden That. Im fernern liegt es entschieden im Interesse eines sichern Rechtsverkehrs, dass das einmal bestehende Domizil möglichst festgehalten werde. Es wird daher ziemlich allgemein angenommen, dass das Domizil erst dann aufgehoben sei, wenn nicht bloss das eine der dasselbe begründenden Momente, sondern alle beide sich in ihr Gegenteil verwandelt haben. Mit a. W., es muss der positive Wille vorhanden sein, nicht mehr an diesem Orte den Mittelpunkt seines bürgerlichen Lebens und der Geschäfte zu haben, und zugleich muss letzterer an einen andern Ort hin verlegt worden sein.²⁾ Der Schluss auf die Aufhebung des Domizils ist nur dann zulässig, wenn eine Veränderung in den thatsächlichen Verhältnissen deutlich darauf hinweist. Hiebei wird noch insbesondere zu beachten sein, dass auch, wenn das Domizil schein-

²⁾ cf. Savigny a. a. O. S. 63, Gesterding a. a. O. S. 415 ff., Zachariae a. a. O. § 144, Aubry et Rau a. a. O. I S. 581, Code Nap. Art. 103, übereinstimmend die Gesetzbücher von Genf, Art. 105, Neuenburg Art. 53, ähnlich Waadt, Wallis und Freiburg. Ebenso die Bundespraxis, cf. U. 249 (1854), 276 E. 2 (1860), B. 1864 II 242—247 E. 6, 1869 I 782 E. 1, III 632, 638 E. 5, B. G. I 154, 203, II 66 E. 4, III 452 E. 3, IV 15 E. 1, 221 E. 2, 568, VI 184 E. 2, 191 E. 2.

bar aufgegeben ist, immer noch die Absicht vorwalten kann, wieder dahin zurückzukehren („animus revertendi“, „esprit de retour“). Insbesondere vermag eine vorübergehende Abwesenheit, wäre sie auch von längerer Dauer, das Domizil nicht aufzuheben. cf. § 10 IV. Ebensowenig ist es ein sicheres Zeichen der Domizilsveränderung, wenn die Person auswärts ein Geschäft gründet.³⁾ Auch das Zurückziehen der Ausweispapiere bleibt nur ein untergeordnetes Merkmal der Domizilsverlegung, da dieselbe auch zu andern Zwecken, z. B. für eine Reise geschehen kann.⁴⁾ Als Indizien des Willens, den alten Wohnsitz zu verlassen, sind zu nennen: der Verkauf des Wohnhauses, der Wegzug mit der Familie und dem Hausrath (cf. § 10, Note 16, 17), Abschiednahme etc.⁵⁾ — Die Beweislast für die Aufhebung des Domizils trifft nach allgemeiner Prozessregel denjenigen, der sich auf dieselbe beruft; fast immer wird dies der Gläubiger sein.⁶⁾ Mit dem Beweise ist es strenge zu halten. Derselbe ist nur dann als erbracht zu betrachten, wenn die betr. Person entweder nachgewiesenermassen ein neues Domizil begründet hat oder unzweifelhaft zur Klasse der Wohnsitzlosen gehört.⁷⁾ cf. § 3 VII. — Wenn bestimmte Anzeichen dafür vorliegen, dass der Schuldner sich anschickt, das Land zu verlassen, so braucht der Gläubiger nicht zu warten, bis jener fort über die Grenze ist, sondern er darf bei dieser Sachlage sichernde Massnahmen verlangen.⁸⁾

§ 12. Personen ohne Wohnsitz.

Von manchen Personen kann schlechterdings nicht gesagt werden, dass sie an irgend einem Orte den Mittelpunkt ihres bürgerlichen Lebens und Daseins haben, man wird sich daher der Folgerung nicht verschliessen können, dass solche Personen ohne Domizil sind. Die Möglichkeit dieses Verhältnisses ist schon von den

³⁾ cf. B. G. I 26—30, IV 12 ff.

⁴⁾ cf. B. 1871 III 382 ff. E. 2, B. G. II 66 E. 4, IV 15 E. 1, VI 184, 192.

⁵⁾ cf. B. G. I 155, 378 E. 4, 5, IV 12 ff., VI 185.

⁶⁾ cf. U. 276 E. 2 (1860), B. 1869 I 982 E. 1, III 632—638, B. G. II 66 E. 4, IV 12 ff.

⁷⁾ cf. B. G. I 236—239, 378, II 19, III 452 E. 3, IV 375 ff.

⁸⁾ cf. B. 1870 II 139 ff., cf. § 26 III.

römischen Juristen anerkannt worden und wird heute nicht mehr bestritten.¹⁾

In Betracht kommen namentlich folgende Fälle:

1. Der bisherige Wohnsitz ist aufgegeben und ein neuer noch nicht begründet; bis letzteres geschehen bleibt die betreffende Person ohne Domizil. So gelten die Auswanderer als wohnsitzlos, ferner die Landesflüchtigen.

2. Bei manchen Personen bringt die Berufsart oder Lebensstellung es mit sich, dass dieselben keinen festen Wohnsitz haben. Dienstboten und Gesellen müssen in der Regel als wohnsitzlos betrachtet werden. cf. S. 52. Ähnlich verhält es sich mit den Studenten, herumreisenden Künstlern, Wanderpredigern etc.²⁾ Eigentliche vagierende Gewerbe sind diejenigen der Scheerenschleifer, Kesselflicker, Wandermusikanten und stets auf der Wanderung begriffen sieht man das Volk der Zigeuner. Ferner gibt es Personen, welche gewissermassen die Welt als ihr Vaterland betrachten und nicht dazu kommen, sich irgendwo zu fixiren; auch diese gehören zu den Wohnsitzlosen. cf. S. 56.

3. Das grosse Kontingent der Personen ohne Domizil stellt aber die Gesellschaftsgruppe der Landstreicher, der „Vagabunden“, welche, nach einem Ausdruck von Savigny, „ohne einen festen Lebenslauf in unbestimmter Weise umherziehen, den Unterhalt des Lebens meist in abwechselnder und für die öffentliche Wolfart und Sicherheit bedenklicher Weise suchend.“

§. 13. Die Frage der mehrern Domizile.

I. Schon die Römer haben sich mit der Frage beschäftigt, ob eine und dieselbe Person gleichzeitig mehrere Domizile haben könne, und bekanntlich gelangten sie dazu, dies zu bejahen.¹⁾

¹⁾ cf. l. 27 § 2 D. ad. munic. 50, 1. Windscheid a. a. O. § 36, Kierulff S. 127, Wetzell S. 430, Gesterding S. 413, Savigny VIII 64, Zachariae § 144, B. 1872 II 579 E. 4, B. G. II 41—43. Der Bundesentwurf von Königsfelden vom J. 1655 bezeichnete den Wohnsitzlosen mit dem Ausdruck „landtschweifender Mann“. cf. Welti a. a. S. 49.

²⁾ cf. B. 1872 II 567, B. G. II 217. Hier ist die Rede von einem fahrenden Pferdehändler. Betr. die Handelsreisenden cf. S. 50.

¹⁾ Es ist namentlich zu verweisen auf folgende berühmt gewordene Stellen: l. 5 D. ad munic. 50. 1 (Paulus), l. 27 § 2, l. 6 § 2 D. h. t., die letztern beiden von Ulpian. Diese Stellen können nicht, wie von französischen Schriftstellern

Nach Ansicht der römischen Juristen hat jemand dann mehr als ein Domizil, wenn sein geschäftliches, bürgerliches und gesellschaftliches Leben sich ganz gleichmässig auf zwei oder mehrere Orte vertheilt. Es kommt hiebei namentlich der Fall in Betracht, wo jemand bei Begründung eines neuen Wohnsitzes den alten nicht aufgeben will und daher abwechselnd bald hier bald dort wohnt. Bis auf die neuere Zeit hat die römische Lehre von der Möglichkeit mehrerer Domizile die Doktrin beherrscht, und auch gegenwärtig noch wird dieselbe von der Mehrzahl der deutschen Schriftsteller in Schutz genommen. Eine starke Opposition hat sich hiegegen in der französischen Jurisprudenz geltend gemacht, und in dieser letztern gilt nunmehr ziemlich unbestritten der Satz, dass eine Person nur einen allgemeinen bürgerlichen Wohnsitz haben könne.²⁾

II. Was die Beurtheilung dieser Frage in der Schweiz und mit Rücksicht auf den Art. 59 der B. Verf. anbelangt, so dürfte zwar im allgemeinen zu sagen sein, dass die Juristen des deutschen Landestheils eher der gemeinrechtlichen Theorie von der Möglichkeit mehrerer Domizile folgen, während die welschen Kantone unter dem Einfluss der französischen Jurisprudenz stehen. Es muss indessen betont werden, dass in dieser Richtung noch vielfach Unklarheit, theilweise geradezu Konfusion herrscht. Letztere rührt wesentlich davon her, dass der Begriff des Domizils selbst oft missverstanden wird. Es ist hier namentlich auf zwei irrthümliche Auffassungen dieses Begriffes aufmerksam zu machen. Zunächst wird unter Domizil nicht überall, wie allein richtig, der allgemeine bürgerliche Wohnsitz der Person, das Domizil privatrechtlichen Sinnes verstanden, sondern ein solches anderweitiger Bedeutung, insbesondere diejenigen polizeilichen und politischen Beziehungen des Bürgers zu einem Orte, welche im allgemeinen unter dem Namen „Niederlassung“

versucht worden, dahin interpretirt werden, dass dieselben bloss auf die städtischen munera, nicht auf die privatrechtlichen Ansprachen Bezug haben. Dagegen darf man wol der Ansicht sein, dass die Rechtsüberzeugung nicht für alle Zukunft an die römischen Quellen gebunden sei.

²⁾ cf. einerseits Savigny S. 64, Glück § 512, Gesterding S. 418, Kierulff S. 126, Wetzell S. 432, 457, Windscheid § 36, Endemann, Comm. z. d. Civ. Pr. O. I 248, v. Bar S. 77, Blumer anl. des Rekurses Kübler, in B. 1867 I 313, Leuenberger, ebenda S. 327, Proz. O. von Luzern § 44; anderseits Stabel, Institutionen des franz. Civilrechtes § 17, Zachariae § 142, Demolombe „Cours du Code Nap.“ I, Nr. 347, Gaulis a. a. O. S. 8, Munzinger ebenda S. 54.

zusammengefasst werden, womit freilich in den einzelnen Kantonen nicht immer das nämliche Verhältniss bezeichnet wird. Oben (S. 44 ff.) ist indessen gezeigt worden, wie unrichtig es ist, die Begriffe „Domizil“ im Sinne des Art. 59 und „Niederlassung“ zu identifizieren, und es springt in die Augen, dass, so lange dies geschieht, auch die Diskussion über die Frage der mehrern Domizile immer eine verworrene bleiben wird. Es soll gar nicht bestritten werden, dass eine Person mehrere „Niederlassungen“ haben kann, wenn man hierunter z. B. das polizeiliche, gewerbliche oder Steuerdomizil versteht; aber für die uns hier beschäftigende Frage ist dies ganz gleichgültig.³⁾ Das zweite Missverständniss liegt darin, dass manche, wenn von Domizil die Rede ist, hierunter wiederum nicht ausschliesslich den allgemeinen bürgerlichen Wohnsitz der Person begreifen, sondern im weitem auch „Spezialdomizile“. Was hierunter im einzelnen zu verstehen sei, kann erst unten erörtert werden (cf. §§ 16 und 17); an dieser Stelle müssen wir uns auf die Andeutung beschränken, dass nach modernem Handelsrecht und der Interpretation, welche die Praxis dem Art. 59 gibt, der Inhaber eines kaufmännischen oder gewerblichen Etablissements, resp. einer Zweigniederlassung, für persönliche Ansprachen, welche mit diesen Instituten zusammenhängen, an dem Orte gerichtlich belangt werden kann, wo das Etablissement oder die Zweigniederlassung sich befindet, gleichviel wo im übrigen der persönliche Wohnsitz des Inhabers sei. Dieser Gerichtsstand bezieht sich jedoch, wie bemerkt, nur auf die mit dem betr. Institut zusammenhängenden persönlichen Ansprachen, und wenn auch diese Regel insofern noch eine Ausnahme erleidet, als wenigstens im Konkurse des kaufmännischen Etablissements überhaupt alle Ansprachen gegen den Etablissementsinhaber geltend gemacht werden können, so bleibt doch im übrigen die angedeutete Beschränkung, welche das Domizil am Orte des Etablissements, resp. der Zweigniederlassung, von dem allgemeinen bürgerlichen Wohnsitz wesentlich unterscheidet und demselben den Charakter eines Spezialdomizils aufdrückt. Es kann nun allerdings vorkommen, dass die nämliche Person zwei oder mehrere Spezialdomizile der genannten Art besitzt (cf. § 17 II), aber für die Frage der Möglichkeit mehrerer allgemeiner Domizile ist dies wiederum unerheblich (cf. Roguin S. 47). Es leuchtet ein, dass die Vermengung dieser verschieden-

³⁾ Uebereinstimmend Roguin S. 41 ff., Feigenwinter a. a. O. S. 41.

artigen Begriffe die Diskussion auf einen ganz schiefen Boden bringen musste, und ist daher nachdrücklich zu betonen, dass Gegenstand der Untersuchung zunächst nur die Frage bildet, ob eine und dieselbe Person zwei oder mehrere *allgemeine* Domizile haben könne. Den Entscheidungen der Bundesbehörden, insbesondere des Bundesraths und der Bundesversammlung, ist nun leider hinsichtlich der vorwürfigen Frage die angedeutete Hineinziehung resp. Vermischung der bezeichneten mit dem Domizil verwandten Begriffe nicht ganz fern geblieben, und dies hat zur Folge, dass man in der bundesrechtlichen Praxis vergeblich nach einer klaren und entschiedenen Lösung der Frage sucht, ob der Schuldner mehr als einen festen Wohnort im Sinne des Art. 59 besitzen könne: Gleichwie Roguin (S. 47 ff.) haben wir kein einziges Präjudiz gefunden, wo die Frage direkt bejaht worden wäre; dagegen erhält die Theorie von der Möglichkeit mehrerer Domizile allerdings Unterstützung durch die Ausdrucksweise mancher Erwägungen, — „dans la sphère plus ou moins nuageuse des considérants“, wie Roguin geistreich sich ausdrückt.⁴⁾ Es scheint uns daher in dieser Richtung eine entschiedene positive Gestaltung der bundesrechtlichen Praxis gar nicht vorzuliegen.

III. Wenn man davon ausgeht, dass das Domizil seinem Begriffe nach der örtliche Mittelpunkt des bürgerlichen Lebens und der Geschäfte der Person ist, so wird man die Möglichkeit mehrerer Domizile nicht zugeben können. Denn bei einem Kreise, und wäre es auch ein solcher von Rechtsbeziehungen, kann nur ein Mittelpunkt gedacht werden. Allerdings darf das Bild, das man sich zur Versinnlichung des Gedankens geschaffen, nicht höher gestellt werden, als der Gedanke selbst; es erscheint aber die Theorie von der Möglichkeit mehrerer allgemeiner Domizile auch angesichts der realen Verhältnisse des Lebens als eine ungesunde und gekünstelte. An und für sich, in abstracto, liesse sich zwar am Ende denken, dass eine Person an zwei Orten absolut gleichmässig wohne. Im Leben sind indessen Fälle derart, wenn man es wirklich genau nehmen will,

⁴⁾ cf. U. 865 E. 2 (1862), B. 1867 I 603, 604, 1868 II 477 E. 1, 1872 II 483, 1873 II 15, 16, B. G. I 155 E. 4, V 23 E. 2, 185. Feigenwinter (a. a. O. S. 43) meint, dass in dem bei U. 276 citirten Falle Chambrier mehrfaches Domizil vorgelegen habe. Die genannte Person wohnte im Winter in Neuenburg, während des Sommers auf einem Landgut im Kt. Waadt. Wir sind wie Roguin der Ansicht, dass das Domizil sich am erstgenannten Orte befand, und in diesem Sinne hatte auch der Bundesrath entschieden.

wol schwerlich zu finden und jedenfalls ungemein selten. Das Recht — und auch die Doktrin des Rechts — soll aber, wie uns scheint, nicht juristischen Phantomen nachjagen, welche vom Volke nicht verstanden, sondern nur missverstanden werden können. Jene Theorie trägt zudem die Gefahr in sich, dass sie dazu veranlasst, in Fällen, wo der Ort des Wohnsitzes etwas zweifelhaft ist, ohne weiteres zwei oder mehrere Domizile anzunehmen, womit offenbar der Werth des Rechtsinstitutes des Domizils, an welches so wichtige öffentliche Interessen geknüpft sind, ausserordentlich beeinträchtigt wird. Aus den angeführten Gründen halten wir es für richtiger, die Frage der mehrern allgemeinen Domizile zu verneinen.⁵⁾ Dahin geht auch in der Schweiz, wie wir zum Schlusse anführen dürfen, die Tendenz ganz entschieden. Den besten Beweis hiefür bilden die in den J. 1877 und 1879 in der Bundesversammlung stattgefundenen Verhandlungen über ein Bundesgesetz betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der schweiz. Niedergelassenen und Aufenthalter (cf. S. 21). Dieselben führten zur Aufnahme folgender Bestimmung in Art. 2 des Gesetzesentwurfes: „Jeder Schweizerbürger hat nur einen ordentlichen Wohnsitz.“ Dieses Prinzip hat damals so wenig Anfechtung gefunden, dass dessen frühere oder spätere bundesräthliche Sanction mit Zuversicht erwartet werden darf.

§ 14. Domizil der juristischen Personen.

I. Von einem „Wohnen“ kann nur beim Menschen die Rede sein, und der Begriff des „Wohnsitzes“ ist daher eigentlich nicht anwendbar auf die juristischen Personen. Für diese letztern fehlt es zugleich an dem wichtigsten Momente zur Begründung des Domizils, am Willen; denn es sind dieselben bekanntlich bloss etwas Gedachtes, Fingirtes und daher im Grunde eines Willens nicht fähig. Soll den juristischen Personen desswegen die Garantie des Art. 59 versagt werden? Dies wäre gewiss ungerechtfertigt und ist auch

⁵⁾ Uebereinstimmend Roguin a. a. O. Feigenwinter a. a. O. S. 41, 42 hält theoretisch an der Möglichkeit eines mehrfachen Domizils fest, gibt aber zu, dass Fälle eines solchen nur höchst selten vorkommen werden. cf. f. die Cit. in Note 2. Roguin (S. 44) hebt noch hervor, dass die in Art. 59 gewählte Ausdrucksweise: „seines (des Schuldners) Wohnsitzes“ ebenfalls auf die Einheit des Domizils hinweise.

nicht geschehen.¹⁾ Es liegt das unabweisbare Bedürfniss vor, die juristischen Personen, welche mit ihren oft sehr bedeutenden ökonomischen Kräften mächtig ins Leben eingreifen und daher in manigfachen Rechtsverhältnissen stehen, gewissermassen zu lokalisieren, d. h. mit einem Ort derart in Verbindung zu setzen, dass sie dort als stets gegenwärtig präsumirt werden können. Die Fiktion der juristischen Persönlichkeit zieht mit Nothwendigkeit diejenige des Domizils nach sich. Immerhin kann nur von einer Analogie des Wohnsitzes die Rede sein, man spricht daher von einem „Sitz“ der juristischen Person, nicht einem Wohnsitz.

II. Auch die juristischen Personen haben den Sitz da, wo sich der örtliche Mittelpunkt ihrer Beziehungen und Geschäftsthätigkeit befindet.²⁾ Bekanntlich bedürfen dieselben eines Substrates, welches letztere eben personifizirt wird, und in der Regel besteht dieses in einem materiellen Vermögensobjekte, einem Gute, oder irgend einer äussern Anstalt, welche dazu bestimmt ist, den Zwecken derselben zu dienen. Zuweilen sind es Grundstücke, Gebäude u. s. w., in andern Fällen ein zu einem gewissen Zwecke gesöndertes Kapital. Dieser äussere Körper, resp. der Ort, wo sich derselbe befindet, bildet nun in den meisten Fällen den örtlichen Mittelpunkt des Daseins der juristischen Person. Namentlich bei solchen juristischen Personen, welche gewissermassen auf dem Besitz von Grund und Boden beruhen, und bei denen dieser letztere das Fundament der Thätigkeit und Wirksamkeit ist, darf man annehmen, ihr Sitz befinde sich auf den betreffenden Liegenschaften. Hieher gehören z. B. die Kranken-, Waisen-, Armenhäuser, Altersasyle, Museen, Bildungsanstalten u. s. w., endlich auch die Gemeindekorporationen, die politischen, Kirchen-, Schul- und Civilgemeinden, die Bürgerkorporationen. Bei juristischen Personen, welche, wie in der Regel die Aktiengesellschaften und Genossenschaften, den Betrieb eines Gewerbes oder Handelsgeschäftes zum Zwecke haben, ist der örtliche Mittelpunkt des Daseins und der Wirksamkeit ebenfalls meist augenscheinlich in äussere Anstalten gelegt, wie gewerbliche Etablissements, Werkstätten, Fabriken, Gasthöfe, Kuranstalten, Salinen, Bergwerke u. s. w. Das Domizil der Handelsgeschäfte befindet sich in der Regel am Platze des Komptoirs, des Waarenlagers, Ladens.

¹⁾ cf. B. 1873 I 409 ff. E. 5, B. G. V 173 E. 2 und die folg. Noten.

²⁾ cf. Renaud, Lehrb. des Civ. Proz. § 29, Bayer S. 188, Wetzell S. 438.

III. Bei manchen juristischen Personen erscheint der Wirkungskreis nicht als auf eine bestimmte Oertlichkeit beschränkt, sondern beinahe gleichmässig über mehrere Gerichtssprengel ausgebreitet. Derart sind z. B. Weidekorporationen, Alp-, Forst- und Bergwerks-genossenschaften, deren Grund und Boden sich oft weithin erstreckt. Auch Erwerbsgesellschaften, namentlich solche, die sich mit dem Transport-, Kommissions-, Speditions- und Versicherungsgewerbe befassen, haben oft eine örtlich weit ausgedehnte Geschäftsthätigkeit. Die Linien der Posten, Telegraphen, Eisenbahnen und Dampfschiffe durchziehen in der Regel mehrere Gerichtsbezirke, oft durchschneiden sie mehrere Staaten und doch ist kaum an einem Orte ein Konzentrationspunkt zu finden, vielmehr werden ziemlich überall gleichmässig Verbindlichkeiten eingegangen und erfüllt, Rechte erworben und ausgeübt. Für solche Fälle rechtfertigt es sich, die betr. juristische Person von vornherein zur Bezeichnung ihres Domizils anzuhalten, z. B. durch Anmeldung desselben im Rationenbuch, und es entscheidet dann dieser Eintrag.³⁾ Bei juristischen Personen, welche mehr öffentlicher Natur sind, wie Nutzungsgenossenschaften, mildthätigen Stiftungen, Versicherungs- und Transportgesellschaften, erscheint es zweckmässig, über das Domizil in der staatlichen Konzession Bestimmungen zu treffen. So schreibt das „Bundesgesetz über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen“ v. 23. Dez. 1872 in Art. 8 vor: „Der Sitz der Gesellschaft wird jeweilen in der Konzession bestimmt.“⁴⁾ Im übrigen dürfte es richtig sein, denjenigen Ort gesetzlich als

³⁾ cf. Renaud „das Recht der Aktiengesellschaften“ S. 160 ff., 727 ff., cf. U. 258 (1859) in S. der Eisenbahngesellschaft „L'Ouest Suisse“, B. G. I 139 in S. der „Internationalen Gesellschaft für Bergbahnen“. Bloss Scheindomizile sind aber nicht zu schützen, wenn denselben auch die Statuten zur Seite stehen sollten. cf. § 10 II. Wenn die Aktiengesellschaft nicht zu Stande kommt, so können die Gründer nicht an dem durch die Statuten in Aussicht genommenen Domizil der Gesellschaft belangt werden. B. G. IV 21 E. 3.

⁴⁾ O. S. XI 1. cf. Blumer I 431, Gaulis S. 14 ff. Wenn späterhin eine andere Gesellschaft den Betrieb der Linie übernimmt, so geht das in der Konzession bezeichnete Domizil auf die Nachfolgerin über. cf. den Entscheid des Bundesrathes vom 2. Aug. 1862 in S. Laurent Bergeron et Cie., als Betriebsübernehmer der L'Ouest Suisse. B 1867 I 608, 609. Aus dem Domizil der Gesellschaft kann nicht etwa die Befugniss abgeleitet werden, auch die Eisenbahnangestellten am Gesellschaftssitz für persönliche Ansprachen zu belangen. cf. B. 1869 I 972. Ebensowenig kann am Sitze der Aktiengesellschaft eine Schadensersatzklage gegen die Verwaltungsräthe angestellt werden. B. G. III 44 E. 2.

das Domizil der juristischen Person zu präsumiren, an welchem die obersten Verwaltungsorgane zusammenkommen, wie z. B. die Generalversammlung der Aktionäre; denn dort haben wenigstens die wichtigsten Lebensakte der juristischen Person den örtlichen Mittelpunkt.⁵⁾ Manche Gesetze verweisen auf den Ort, wo die vollziehenden Verwaltungsorgane, z. B. die Generaldirektion und ihre Bureaux, sich befinden.⁶⁾ Der Fiskus, d. h. der Staat in seiner Eigenschaft als vermögensrechtliche Privatperson, ist, wo das Gesetz nichts anderes vorschreibt, am Sitz der Regierung als domizilirt zu betrachten.

IV. Während die juristische Personifikation der Aktiengesellschaft heute nicht mehr angetastet wird, ist dieselbe mit Bezug auf die Kollektivgesellschaft (offene Handelsgesellschaft) noch nicht in allen Gesetzgebungen anerkannt. Wo solches aber der Fall ist, können persönliche Ansprachen gegen die Gesellschaft am Sitze dieser letztern eingeklagt werden, indess auch, vermöge der solidarisichen Haftbarkeit der Gesellschaftsmitglieder, am persönlichen Wohnsitz der einzelnen Gesellschafter.⁷⁾ Wenn das Gesellschaftsverhältniss bestritten wird, so hat der Ansprecher dasselbe zu beweisen.⁸⁾ Die Klage auf Anerkennung der Qualität resp. Haftung als Gesellschafter ist unzweifelhaft persönlichen Charakters und daher am Wohnsitz des Gesellschafters zu stellen.⁹⁾ Die Personifikation der Kollektivgesellschaft hat zur Folge, dass im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Konkurs über die Gesellschaft als solche eröffnet wird und zwar am Gesellschaftssitz. An und für sich, soweit das Gesetz nicht anderweitig disponirt, zieht der Firma-Konkurs denjenigen der einzelnen Gesellschafter durchaus nicht nothwendig nach sich¹⁰⁾; denn ersterer tritt schon dann ein, wenn das in die Ge-

⁵⁾ Civ. Ges. B. von Luzern § 46, Civ. Proz. O. von St. Gallen, Art. 8, s. f. B. 1873 I 409—420 E. 8.

⁶⁾ cf. U. 258 (1859), B. 1866 I 461 E. 8, 1873 I 409 ff., II 466 ff.

⁷⁾ U. 287 (1854), 855 (1863), 866 E. 2, 1863), B. 1875 I 207—214, B. G. II 63 ff., 316, IV 21. Für persönliche Ansprachen an eine ausserhalb der Schweiz domizilirte Gesellschaft kann daher, wenn auch nur einer der Gesellschafter in der Schweiz wohnt, gegen jene kein Arrest gelegt werden. B. G. II 65 E. 2. Roguin (S. 137) hält für persönl. Klagen gegen die Gesellschaft ausschliesslich den Richter des Gesellschaftssitzes für kompetent.

⁸⁾ U. 287 (1854), 855 (1863), B. 1875 I 207 ff., B. G. II 315.

⁹⁾ B. G. IV 27 E. 2. cf. f. B. G. IV 346 ff.

¹⁰⁾ Schweiz. Obligationenrecht Art. 573 l. 2: „Die Eröffnung des Konkurses der Gesellschaft hat den Konkurs der einzelnen Gesellschafter nicht ohne

sellschaft gelegte Vermögen erschöpft ist, während den einzelnen Associés vielleicht noch Mittel zur Verfügung stehen. Gerichtsstand für den Konkurs der einzelnen Gesellschafter bleibt nach richtiger Ansicht derjenige ihres persönlichen Wohnsitzes; denn dieser ist der allgemeine Gerichtsstand derselben.¹¹⁾ Mit der Auflösung der Gesellschaft hört auch deren Domizil und der bezügliche Gerichtsstand auf, spätere Klagen können, soweit dieselben persönlich sind, nur am Wohnsitze der gewesenen Gesellschafter angestellt werden (B. G. III 46). Der gemeinen Gesellschaft, welche nach aussen in keiner Weise als Einheit auftritt, wird nirgends juristische Persönlichkeit zugeschrieben, und dieselbe hat daher auch kein Gesellschaftsdomizil, die Mitglieder sind auch für persönliche Ansprachen aus der Gesellschaft am Wohnsitz zu belangen.¹²⁾

§ 15. Das gesetzliche oder nothwendige Domizil.

I. Regelmässig beruht das Domizil auf dem freien Willen der Person; ausnahmsweise wird dasselbe dagegen von vornherein durch das Gesetz bestimmt und ist, wie Windscheid sich ausdrückt, „die Frage des Willens durch eine gesetzliche Regel beantwortet“. Beinahe immer qualifizirt sich diese Regel als eine Fiktion und nur in wenigen Fällen ist sie eine blosse Rechtsvermuthung, gegen welche der Gegenbeweis zugelassen wird. Zum Unterschied vom freiwilligen Domizil oder „domicilium voluntarium“ heisst der von Gesetzeswegen bestimmte Wohnsitz „domicilium necessarium“ oder „gesetzliches Domizil“, „domicile de droit“. Beim gesetzlichen Domizil kommt es weder auf das thatsächliche Verhalten, noch auf

weiteres zur Folge. Ebensowenig begründet der Konkurs einzelner Gesellschafter den Konkurs der Gesellschaft.“

¹¹⁾ Uebereinstimmend Feigenwinter a. a. O. S. 66 ff. — Das Neuenburgische Gesetz vom 24. Nov. 1859, „sur les faillites“, enthält in Art. 75 und 74 die Bestimmung, dass das zur Konkurseröffnung über die Gesellschaft kompetente Gericht auch zur Eröffnung und Durchführung des Konkurses über die einzelnen Gesellschafter zuständig sei, gleichviel wo diese persönlich domizilirt sein mögen. Gestützt hierauf wurde im J. 1870 in Neuenburg über den in Zürich wohnhaften Fortdran, als Associé der in Neuenburg domizilirten Firma Fortdran und Grandjean, der Konkurs eröffnet. Der Bundesrath erklärte dieses Verfahren als zulässig. B. 1871 II 381 ff., ähnlich die Entscheidungen in S. Müller B. 1868 II 476 ff., Hinnen u. Cie. B. 1871 II 385.

¹²⁾ B. G. II 315, III 313, IV 21 E. 3.

den Willen der Person an, und möglicherweise befindet sich dasselbe an einem Orte, wo die betreffende Person gar nie gewohnt hat und nie wohnen will. Die Gründe, welche den Gesetzgeber veranlasst haben, gewissen Personen ein nothwendiges Domizil vorzuschreiben, sind in den einzelnen Fällen verschiedener Natur, und aus dem jeweiligen Motive ergibt sich wieder die Bestimmung des Domizilsortes und die Beantwortung der Frage, ob die gesetzliche Regel als Fiktion oder ausnahmsweise als blosser Präsumtion zu betrachten sei.¹⁾

II. Durch das Gesetz wird namentlich das Domizil der handlungsunfähigen Personen fixirt. Es ist dies in der Natur der Sache durchaus begründet und nothwendig, da solchen Personen ein wesentlicher Faktor zur selbständigen Begründung des Domizils, die Fähigkeit, rechtsverbindlich ihren Willen zu erklären, ganz oder theilweise abgeht. Hier kommen folgende Fälle in Betracht:

1. Die Ehefrau hat das gesetzliche Domizil am Wohnsitz ihres Ehemannes.²⁾ Dieser wol kosmopolitische Rechtssatz folgt mit Nothwendigkeit aus dem Wesen der Ehe, als einer ungetheilten Lebensgemeinschaft. Das „domicilium matrimonii“ dauert so lange, wie die Ehe selbst. Dasselbe beginnt mit der Eheschliessung, nicht etwa schon mit dem Verlöbniß, und hört auf mit der Beendigung der Ehe durch den Tod eines der Ehegatten oder durch rechtskräftig gewordenes Scheidungsurtheil.³⁾ Der Frau steht es dann in der Regel frei, entweder das bisherige Domizil, nunmehr als selbst-

¹⁾ Nach dem in § 7 Gesagten ist für diese Fragen das Gesetz resp. bezüglich der Fragen des internationalen Privatrechts (Territorialitäts- oder Heimat-Prinzip) diejenige Norm massgebend, welche am Ort des Aufenthaltes der betreffenden Person gilt resp. rezipirt ist. Uebereinstimmend folgende Präjudizien: U. 288 E. 2 (1860), B. 1868 II 484 E. 1. Entscheid der Bundesversammlung in S. Scheu, B. 1873 III 297, II 839—850, 572—579, in S. Steck, Schweiz. Gerichtszeitung 1875 S. 178, B. G. III 495, 496. Die von Blumer, S. 430, mitgetheilte scheinbar abweichende Entscheidung des Bundesrathes, B. 1875 II 594, findet wol ihre Erklärung darin, dass Aargau in Vormundschaftssachen dem Heimatprinzip folgt und daher hinsichtlich der Domizilsfrage das heimatliche Recht in Anwendung zu bringen war.

²⁾ cf. l. 38 § 3 D. ad munic. 50, Code Nap. Art. 108, Civ. Proz. O. f. d. deutsche Reich § 17 l. 2. Mit Bezug auf die Schweiz s. Gaulis S. 11. cf. B. G. V 53 E. 2.

³⁾ cf. U. 226 (1853), Blumer 1. Aufl. I 294.

ständiges, fortzusetzen oder einen neuen Wohnsitz zu begründen.⁴⁾ Keine Lösung des Ehebandes involvirt bekanntermassen die blossе Trennung von Tisch und Bett, oder sog. „Temporalscheidung“ („séparation de corps“), wesshalb bei derselben, sofern das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt, das domic. nec. fort dauert, wenn auch regelmässig der Ehefrau die freie Wahl ihres Aufenthaltsortes zusteht.

Wird der Ehemann wegen Verschwendung, Geisteskrankheit u. s. w. interdiziert, so ist nach den meisten Gesetzgebungen der Wohnsitz des Kurators zugleich dom. nec. der Frau.⁵⁾ Eine ungültige oder nichtige Ehe vermag selbstverständlich kein dom. nec. zu begründen.

2. Das Domizil der Minderjährigen befindet sich am Wohnsitz des Inhabers der väterlichen Gewalt, für die ehelichen Kinder beim Vater, für die ausserehelichen bei der Mutter.⁶⁾ Nach französischem Recht haben in zwei Fällen auch die ehelichen Kinder ihr Domizil bei der Mutter, beim Hinschied des Vaters und bei Interdiktion desselben. Das aussereheliche, vom Vater anerkannte Kind erwirkt nach franz. Recht den Wohnsitz beim Vater. Das von der Mutter anerkannte bei der Mutter, das nicht anerkannte da, wo es untergebracht ist.⁷⁾ Das dom. nec. des Kindes erlischt mit der Beendigung der väterlichen Gewalt, durch den Tod des Vaters, Beschreitung des Volljährigkeitstermins, Adoption, Emanzipation, Volljährigkeitserklärung (venia aetatis).

3. Die unter staatlicher Vormundschaft stehenden Personen haben nach den meisten Gesetzen ihr dom. nec. am Wohnsitz des Vormundes. Hieher gehören zwei Gruppen: Die Minderjährigen und die Interdizierten. So nach dem franz. Code civil, Art. 108, l. 2, 3 und in den Kantonen Genf, Neuenburg,

⁴⁾ Während des Scheidungsprozesses erhält die Frau nach den meisten Gesetzen einen Spezialvogt und zugleich dom. nec. bei demselben. cf. B. 1866 II, 327—333. In Freiburg ist die Ehefrau schon in Folge der Gütertrennung zur Wahl eines selbständigen Domizils befugt. cf. Gaulis S. 12.

⁵⁾ cf. Zachariae a. a. O., Gaulis S. 78, B. G. V 53 E. 2.

⁶⁾ cf. Savigny a. a. O., Kierulff S. 128, Code Nap. Art. 108 l. 2., Civ. Proz. O. f. d. deutsche Reich § 17 l. 2. cf. B. 1870 II 174 E. 2.

⁷⁾ cf. Zachariae a. a. O., und hinsichtlich der Westkantone Gaulis a. a. O. S. 11.

Freiburg, Bern und Aargau, endlich in Zürich und Luzern. In den beiden letztern Kantonen kann der Mündel mit Zustimmung des Vormundes ein selbständiges Domizil wählen. Nach dem Gesetzbuch von Graubünden befindet sich das Domizil des Mündels am Wohnsitz des Vormundes und wenn dieser nicht im Kanton wohnt, am Ort der Vormundschaftsbehörde.⁸⁾ Nach den Gesetzbüchern von Waadt und Wallis dagegen ist das Domizil der minderjährigen Bevormundeten am letzten Wohnsitz ihrer Eltern und nach den Rechten der Gebirgskantone soll in allen Fällen der Bürgerort massgebend sein.

III. Nur ganz dringende Gründe vermögen es zu rechtfertigen, dass auch der handlungsfähige Bürger in der freien Wahl seines Domizils eingeschränkt wird; in der That haben die bezüglichlichen Vorschriften mehr ausnahmsweise Verhältnisse im Auge. In dieser Hinsicht ist anzuführen:

1. Der Beamte hat nach manchen Gesetzgebungen sein Domizil am Orte seiner Amtsführung, „domicilium dignitatis.“⁹⁾ Der Code Nap. unterscheidet in Art. 107, ob die anvertrauten Funktionen lebenslänglich und unwiderruflich, oder bloss zeitweise und mit der Möglichkeit des Widerrufs verliehen seien und lässt nur im erstern Falle einen Domizilszwang eintreten. Aehnlich lauten die Gesetzbücher von Neuenburg, in Art. 56, und Wallis, in Art. 41.

2. Eine weit verbreitete Praxis nimmt an, dass die zur Haushaltung gehörigen Dienstboten das Domizil ihrer Herrschaft theilen.¹⁰⁾ Mancherorts wird dies ausgedehnt auf die mit der Familie des Meisters zusammenlebenden Gesellen und Lehrlinge.¹¹⁾

⁸⁾ cf. Gaulis S. 13 ff., B. 1866 I 454, B. G. II 16—18, 216 E. 4, III 21 E. 1, 496 E. 3, V 52 E. 1.

⁹⁾ So haben z. B. in Waadt die Staatsräthe, Kantonsrichter, Staatsanwälte, Forstinspektoren ihr nothwendiges Domizil am Amtssitz. cf. Gaulis S. 12, 78. Nach dem „Bundesgesetz über die politischen und polizeilichen Garantien zu Gunsten der Eidgenossenschaft“ vom 27. Wintermonat 1848, Art. 5, behalten die Mitglieder des Bundesrathes und der eidgenössische Kanzler ihr politisches und bürgerliches Domizil im Heimatskanton.

¹⁰⁾ cf. Savigny a. a. O., Wetzell S. 444, Renaud § 29.

¹¹⁾ Code Nap. Art. 109 und die Gesetzbücher von Genf, Neuenburg, Waadt, Wallis. S. Gaulis S. 12. cf. S. 52 N. 14.

B. Spezialdomizile.

§ 16. Die Domizilerwählung.

I. Sehr häufig kommt es vor, dass der Schuldner sich für eine einzelne persönliche Ansprache oder eine Reihe solcher einem andern Gerichtsstand als demjenigen seines Wohnortes unterwirft. Falls dies für die betr. Ansprachen zum voraus, d. h. nicht erst dann geschieht, wenn der Schuldner vom Ansprecher, sei es auf dem Wege der Schuldbetreibung oder demjenigen des Prozesses belangt wird, so spricht man von einer „Domizilerwählung“, „élection de domicile“. Dieser Ausdruck bezeichnet, dass es in diesem Falle für die betr. Ansprache bezüglich des Gerichtsstandes so gehalten werden solle, wie wenn der Schuldner am Orte des „gewählten Domizils“, „domicile élu“, seinen allgemeinen bürgerlichen Wohnsitz hätte. Die Domizilerwählung enthält, wie die Prorogation eines fremden Richters, von welcher letztern später zu handeln sein wird (in § 28), einen Verzicht auf die Rechte aus dem Art. 59. Im § 5 I ist im allgemeinen ausgeführt worden, dass ein solcher Verzicht gestattet sei, und hier ist beizufügen, dass speziell die Zulässigkeit der Domizilerwählung durch zahlreiche Entscheidungen der Bundesbehörden anerkannt wurde.¹⁾ Eine bestimmte Form ist für die Domizilerwählung, wie überhaupt für den Verzicht auf den Art. 59, nicht vorgeschrieben. Entweder geschieht dieselbe gleichzeitig mit dem Hauptvertrag und als Zusatz zu demselben, oder getrennt von jenem, ihm als gesonderte Vereinbarung entweder vorausgehend oder nachfolgend. Dem Prinzip der Formlosigkeit würde es auch widersprechen, wenn man für den Unterwerfungswillen eine ausdrückliche Erklärung verlangen wollte. Vielmehr muss jede Willensäußerung, welche geeignet ist, die Domizilerwählung in konkludenter Weise darzuthun, als gültig anerkannt werden. So wenig dieser Satz an sich bestritten ist, so schwierig wird oft im einzelnen Fall dessen Anwendung, d. h. die Entscheidung der Frage, ob aus den vorliegenden Thatsachen auf die Wahl eines Domizils geschlossen werden könne oder nicht. Der Richter

¹⁾ U. 257 E. 1, 3 (1852), 294 E. 2 (1860), 893 E. 4 (1861), 877 E. 1 (1862); 1870 II 142, 1871 III 538 E. 1, 3, 770 E. 2, 4. Geschäftsbericht pro 1873 S. 377. B. G. I 144 E. 2, 267, 268 II 209 ff., III 44 E. 1, 215 E. 2, IV 21 E. 1, 120 E. 3, V 21 E. 1. cf. § 17 Note 3.

ist hier auf eine umsichtige Wägung aller Verhältnisse des konkreten Falles angewiesen; im Zweifel aber wird eine Domizilerwählung, da dieselbe den Verzicht auf ein Recht involvirt, nicht anzunehmen sein. Aus der Praxis der Bundesbehörden sind folgende Entscheidungen herzuheben. Im Rekursfalle Gétaz wurde vom Bundesrath entschieden, dass in der Bezeichnung eines Ortes für die Erfüllung des Vertrages noch nicht ohne weiteres die Unterwerfung unter den Gerichtsstand des Erfüllungsortes gefunden werden könne.²⁾ In mehreren Entscheidungen wurde festgestellt, dass die Absicht der Domizilerwählung festgestellt sei, wenn der Bauunternehmer, wie dies häufig geschieht, sich für alle aus dem Werkvertrage hervorgehenden Verbindlichkeiten gegenüber seinem Mitkontrahenten im „Pflichtenheft“ oder „Bedingnissheft“ zum voraus einem bestimmten Gerichtsstand, — in der Regel ist es derjenige, in dessen Sprengel die Baute ausgeführt werden soll, — unterwirft³⁾. Ebenso wurde vom Bundesgericht Domizilerwählung in dem analogen Falle angenommen, wo der Pächter einer Sennerei für seine Verbindlichkeiten aus dem Pachtvertrag den Gerichtsstand des Ortes, wo die Sennhütte sich befindet, anerkennt.⁴⁾

II. Im J. 1871 lag den Bundesbehörden die Frage zur Entscheidung vor, ob in der Domizilirung eines Eigenwechsels („billet à domicile“) eine Anerkennung des Gerichtsstandes des Zahlungsortes liege? — Veranlassung hiezu gaben die sog. „Reskriptionen“ (Eigenwechsel), welche die Finanzdirektion des Kantons Wallis in sehr bedeutenden Beträgen an die Ordre der dortigen Kantonalbank ausgestellt und auf verschiedene Wechselplätze, namentlich Bern und Basel domizilirt hatte, um dieselben leichter in Cirkulation setzen zu können. — Zur gleichen Zeit hatte der Bundesrath einen dem vorigen ganz ähnlichen Fall zu entscheiden, denjenigen des C. Villiger von Klein-Dietwyl, Kt. Aargau. Der Bundesrath sprach sich am 20. Juni und 26. Juli 1871 bezüglich beider Rekurse dahin aus, dass die Domizilirung eines Wechsels allerdings eine Domizilerwählung am Zahlungsort in sich schliesse. Dieser Anschauung trat sodann auch die Bundesversammlung bei, an welcher die Re-

²⁾ cf. U. 257 (1852), Gl. Ans. Curti, S. 64. S. unten II a. E.

³⁾ B. 1869 I 982—984, 1870 II 141, 142, B. G. I 142, 143, III 53 E. 2, 447 E. 4, IV 3, 45 E. 3, VI 19 E. 5. cf. § 18 a. E.

⁴⁾ B. G. III 215 E. 3.

kurse weiter gezogen worden waren.⁵⁾ Sowol die bundesrätlichen Motive, als die Berichterstattung der ständerätlichen Kommission giengen hiebei, wie gewiss richtig, davon aus, dass es sich in der vorwürfigen Frage um eine Willensinterpretation handle, indem festzustellen sei, was mit der in jenen Wechseln befindlichen Klausel: „payable au domicile de N. N. à Berne, Bâle“ etc. gemeint sei? Dieselbe enthält nun zunächst nichts Weiteres als die Bezeichnung des genannten Ortes als Zahlungs- resp. Erfüllungsort. Man kann daher auf den ersten Blick in diesen Entscheidungen einen Widerspruch mit dem im Rekurse Gétaz auch vom Bundesrathe festgehaltenen Satze erblicken, dass in der Benennung des Erfüllungsortes der Obligation noch keine Domizilerwählung liege. Mit Recht wurde aber in den Räten hervorgehoben und namentlich von Dr. Niggeler in einem vorzüglichen Rechtsgutachten nachgewiesen, dass die Verzeigung eines Zahlungsdomizils in einem Wechsel von der Wissenschaft, Gesetzgebung und Praxis in Deutschland, Oesterreich und Frankreich übereinstimmend als die Anerkennung des Gerichtsstandes an jenem Domizil interpretirt werde, und im weitem betont, dass beim Wechsel, als einem zur Cirkulation in weitem Kreisen bestimmten Papiere anzunehmen sei, die Aussteller haben sich beim Gebrauche technischer Ausdrücke an die in Handelskreisen herrschende Auffassung über die Bedeutung derselben anschliessen wollen. Im konkreten Fall war diese Interpretation noch um so mehr gerechtfertigt, als gerade die zunächst in Betracht kommenden Gesetzgebungen von Wallis und Luzern der Domizilsklausel die bezeichnete Bedeutung beilegen.⁶⁾ Das Bundesgericht hat sich der Praxis des Bundesrathes und der Bundesversammlung angeschlossen, unter Berufung auf dieselbe, und weiter

⁵⁾ B. 1871 III 535—539, 763—773, 1872 II 488, 1872 I 553 ff., 737—744, s. f. Blumer a. a. O. I 438—442.

⁶⁾ cf. v. Bar S. 445, Renaud Wechselrecht § 81 Note 8, Wächter „Wechsellehre“ S. 179, Fitting Komm. z. deutsch. Civ. Pr. O., zu § 566 S. 245, Ditscheiner „Deutsch. u. Oesterr. Wechselrecht“ S. 455, Pardessus „Cours du droit commercial“ No. 1354, Preuss. Einf. Ges. z. A. deutsch. Wechs. O. § 6, Schweiz. Wechselkonkordat (Bern, Luzern, Solothurn, Schaffhausen) § 96 l. 2, Schweiz. Obligationenrecht, Art. 722 Ziff. 8: „der bei dem Namen oder der Firma des Bezogenen angegebene Ort gilt für den Wechsel, insofern nicht ein eigener Zahlungsort angegeben ist, als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Bezogenen“, — mit Bezug auf domizilirte Eigenwechsel gleiche Bestimmung in Art. 826.

entschieden, dass der Bezeichnung des Zahlungsdomizils in einer Tratte ebenfalls der Effekt einer Domizilerwählung zukomme ⁷⁾ (cf. § 5 III). Hier ist noch darauf hinzuweisen, dass nach der französischen Praxis überhaupt die Angabe eines Zahlungsortes in einem billet négociable als Unterwerfung unter den Richter dieses Ortes gilt. ⁸⁾ Diese Praxis stützt sich indessen nicht auf eine Interpretation des Willens der Parteien, sondern beruht unmittelbar auf dem Art. 420 des franz. Code de proc. civ. und kommt schon deshalb für das Gebiet der Schweiz nicht in Betracht. ⁹⁾

§ 17. Das Domizil für Handelssachen am Orte des Etablissements.

I. Wenn der Kaufmann sich einen Ort auswählt, um an demselben Handelsgeschäfte zu treiben, und diese Absicht in geeigneter Weise kundgibt, z. B. durch Eröffnung eines Ladens, Komptoirs u. s. w., so sagt man von ihm, er „etablire“ sich an diesem Orte, „lasse sich“ daselbst „nieder“, und das Resultat dieser Thätigkeit ist das „Etablissement“ oder die „Handelsniederlassung“. In Folge seines Geschäftsbetriebes tritt nun der Kaufmann in eine Menge von Rechtsbeziehungen ein, insbesondere in manigfaltigster Weise in Rechte und Pflichten aus Kauf und Verkauf. Derselbe ist demnach Träger einer Summe von Rechtsverhältnissen, welche aus seiner Handelsthätigkeit herrühren. Diese geschäftlichen Rechte und Pflichten bilden nun gewissermassen eine besondere Gruppe im Vermögen des Kaufmanns. Unschwer kann von denselben eine andere Reihe von Rechtsbeziehungen unterschieden werden, welche mit dem privaten, bürgerlich-sozialen Leben des Kaufmanns in Verbindung stehen. Also vereinigt derselbe gleichsam zwei Rechtssphären in seiner Person, eine geschäftliche, kaufmännische und eine allgemein bürgerliche. Aeusserlich tritt diese Zweiseitigkeit namentlich darin hervor, dass der Etablissements-Inhaber als solcher einen eigenen Namen führt, nämlich die sog. „Firma“, „raison“,

⁷⁾ B. G. V 21 E. 2 i. S. Meyer, VII 10 E. 1 i. S. Hünerwadel, cf. f. B. G. V 18 E. 1 i. S. Haueter. Die Domizilerwählung des Unterzeichners eines Wechsels ist auch für dessen Bürgen resp. Avalisten verbindlich. B. G. VII 11 E. 2, 3.

⁸⁾ cf. Aubry et Rau a. a. O. § 146 und die dort. Citate.

⁹⁾ cf. B. G. VII 14 E. 1. Uebereinstimmend Carrard im Protokoll der Jahresversammlung des Schweiz. Juristenvereins 1880 S. 20.

welche nach den meisten Gesetzgebungen nicht immer mit seinem bürgerlichen Namen übereinzustimmen braucht. Oft kommt es nun vor, dass sich die Handelsniederlassung nicht am Wohnsitz ihres Inhabers befindet, so namentlich dann, wenn dieselbe in industriellen Anstalten, wie Fabriken u. s. w. besteht. In diesem Fall entsteht die Frage, ob diejenigen persönlichen Ansprachen, welche mit der Handelsniederlassung zusammenhängen, nichtsdestoweniger am allgemeinen bürgerlichen Domizil des Geschäftsinhabers angebracht werden müssen, oder nicht vielmehr am Orte des Etablissements geltend gemacht werden dürfen? Es liegt die Vermuthung nahe, der Kaufmann habe für die Geschäfte, welche ausschliesslich mit dem Etablissement zusammenhängen, am Orte des letztern zum voraus stillschweigend Domizil erwählt. Gewiss entspricht diese Annahme in sehr vielen Fällen den Intentionen desselben. Nun besteht aber, da sich mit dem Gerichtsstande sehr oft das anzuwendende Recht ändert, für den Handelsstand ein gewichtiges Interesse, sich hierüber in keinem Falle getäuscht zu sehen. Daher hat man gesagt, es rechtfertige sich, bei der blossen Vermuthung einer Domizilerwählung nicht stehen zu bleiben, sondern letztere von Rechtswegen in allen Fällen anzunehmen, mit Ausschluss des Gegenbeweises.¹⁾ Die meisten deutschen Schriftsteller stellen den Satz auf, dass nach heutigem Handelsrecht kraft allgemeiner Usanz ein Spezialdomizil für Handelsachen am Orte des Etablissements bestehe, so Brinkmann, Endemann, Renaud, Puchelt, Rhenius. Eifriger Gegner dieser Lehre ist dagegen, als Vertreter des streng romanistischen Standpunktes, Thöl.²⁾ In neuester Zeit hat jenes Prinzip für das deutsche Reich auch die gesetzgeberische Sanktion erhalten in der Civ. Proc. O. Art. 22. Den gleichen Grundsatz enthält die Civ. Proc. O. von Zürich in § 210, ferner der Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869, in Art. 2.³⁾

¹⁾ Für das schweizerische Recht wurde als weiterer Grund zu einer solchen *präsuntio juris et de jure* angeführt, dass durch den Art. 59 bei interkantonalen Rechtsverhältnissen das *forum contractus* ausgeschlossen sei. cf. § 30.

²⁾ cf. Brinkmann „Handelsrecht“ § 23, Endemann „Deutsches Handelsrecht“ S. 177 ff., Renaud, Lehrb. des Civ. Proz. § 29. Rhenius „Zur Lehre von der Zweigniederlassung nach deutschem Handelsrecht“, Halle 1875 S. 1 ff., Puchelt, Kommentar z. A. D. H. G. B., zu Art. 81, Thöl, Handelsrecht I § 19.

³⁾ Nat. R. Entwurf eines Gesetzes über die civilrechtlichen Verhältnisse der schweiz. Niedergelassenen und Aufenthalter, v. J. 1879 (cf. S. 21), Art. 3: „Ausnahmsweise steht derjenige, der ausserhalb seines ordentlichen Wohnsitzes einen besondern Beruf oder ein Gewerbe betreibt, in Bezug auf die damit

Was die eidgenössische Praxis anbelangt, so hat die vorliegende Frage im J. 1867 anlässlich des Rekursfalles Kübler-Troll in der Bundesversammlung eine gründliche Besprechung gefunden. Kübler war persönlich in Winterthur wohnhaft, besass aber in Basel ein Handelsetablisement. Der Bundesrath nahm an, dieses letztere begründe ein selbständiges Domizil für Handelssachen in Basel, und nach weitläufigen Debatten traten die Rätthe dieser Auffassung bei.⁴⁾ Kurz vorher hatte der Bundesrath einen ganz ähnlichen Rekurs (Wissmann) im gleichen Sinne erledigt und schon jener Entscheid war von der Bundesversammlung bestätigt worden.⁵⁾ Das Präjudiz in S. Kübler ist seither die Grundlage einer durchaus konstanten Praxis geworden, welche annimmt, dass das Etablisement ein Spezialdomizil für Handelssachen begründe. Die nämliche Auffassung zeigen endlich verschiedene Entscheidungen des Bundesgerichts.⁵⁾ Neben dem Spezialgerichtsstand am Orte des Etablisements besteht zu Gunsten des Gläubigers der allgemeine Gerichtsstand des Schuldners an dessen persönlichen Wohnsitz fort, indess nur auf Grund des kantonalen Rechts, nicht von Art. 59, welcher letztere nur dem Beklagten ein Recht gibt (cf. § 3 IV u. I).

II. Nicht selten kommt es vor, dass die nämliche Person Eigenthümerin zweier oder mehrerer Etablisements ist. Letzteres wird im allgemeinen dann anzunehmen sein, wenn in der gleichen Hand zwei oder mehrere Geschäfte vereinigt sind, welche durchaus zusammenhängenden Rechtsverhältnisse unter dem Rechte und der Gerichtsbarkeit des Ortes, an welchem der Beruf oder das Geschäft betrieben wird. — Dasselbe findet statt, wenn für ein bestimmtes Rechtsgeschäft durch das Gesetz oder Vertrag ein spezielles Domizil bezeichnet wird.“

⁴⁾ Beschluss des B. R. vom 25. April 1866, B. 1866 II 762—772, Bericht der Mehrheit der nat. räthl. Komm., Leuenberger, B. 1867 I 325—339, der Minderheit der nat. räthl. Kommiss., Schneider B. 1867 I 339—351, der Mehrheit der ständeräthl. Komm., Blumer B. 1867 I 305—317, der Minderheit der ständeräthl. Komm., Borel B. 1867 I 318—323, Votum Rüttimann, B. 1867 II 491—495, Beschluss der B. Vers. vom 22./23. Juli 1867, B. 1868 II 479.

⁵⁾ cf. in S. Wissmann Entscheid d. B. R. v. 19. April 1866, B. 1866 III 158—163, Beschluss der B. Vers. vom 21. Dez. 1866 u. 3. Juli 1867, B. 1867 II 477, in S. Ringier & Co. B. 1868 II 477—481, in S. Gebr. Blumer B. 1871 II 349, in S. Mme. Viatte B. 1873 II 20—22. Hier wurde das Nämliche mit Bezug auf die Handelsfrauen festgestellt, für welche insoweit das domic. matr. (§ 15 II) nicht gilt. — cf. B. G. I 173 E. 4, II 43 ff. in S. v. Erlach, 61 E. 5, 6 in S. Pays & Sohn, VI 569 in S. Guggenbühl. Hier wurde entschieden, dass der Besitz einer Fremdenpension ein Spezialdomizil für die damit zusammenhängenden Ansprachen begründe.

nicht in organischer Beziehung zu einander stehen, sondern nach Anlage und Verwaltung völlig getrennt sind, so dass jedes für sich ein gesöndertes Ganzes bildet. Eine allgemeine Regel lässt sich hierüber indessen schwerlich aufstellen, vielmehr sind alle Umstände des konkreten Falles zu würdigen. Im Zweifel wird man aber besser thun, nicht eine Mehrheit der Niederlassungen anzunehmen, so namentlich da nicht, wo eine Firma mehrere Fabriken oder Waarenlager ähnlicher Art besitzt, welche unter einer gemeinsamen Direktion und Komptabilität stehen.⁶⁾ Dagegen wird der Schluss auf mehrere Etablissements in der Regel gestattet sein, wenn die einzelnen Geschäfte in ihrer inneren Organisation getrennt gehalten werden, verschiedener Branche sind und andere Firmen tragen. Meist werden sich nun die verschiedenen Etablissements nicht am gleichen Orte befinden, und dann entsteht die Frage, welcher Ort als Gerichtsstand für die einzelnen geschäftlichen Ansprachen gegen den Etablissementsinhaber massgebend sei? Es scheint, die Antwort könne nicht zweifelhaft sein. Man wird konsequenterweise für jedes der verschiedenen Etablissements einen speziellen Gerichtsstand für die mit demselben zusammenhängenden Ansprachen anerkennen müssen. Der Gerichtsstand jeder einzelnen persönlichen Ansprache ist demnach da, wo sich das Etablissement befindet, mit welchem das dieselbe erzeugende Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde. Diese Ansicht ist in der That die herrschende und für dieselbe besitzen wir auch einen Entscheid des Bundesrathes.⁷⁾ Die gegentheilige Meinung geht dahin, dass in diesem Falle alle Ansprachen gegen die verschiedenen Etablissements vor das Forum des „Hauptetablissements“ zu bringen seien.⁸⁾ Diese Anschauungsweise entbehrt jedoch

⁶⁾ In S. Bouvier bestätigte die Bundesversammlung einen Entscheid des Bundesraths, worin ausgesprochen war, es liege keine Handelsniederlassung vor, wenn ein Kaufmann seinem auswärtswohnenden Angestellten Werkzeug und Material zur Waarenproduktion überlässt und Vollmacht ertheilt, im Namen des Prinzipals Bestellungen anzunehmen und auszuführen. B. 1866 III 108 bis 115, 1867 I 47, 48.

⁷⁾ cf. Rhenius a. a. O. S. 9, Brinkmann, Lehrb. des Handelsrechts S. 61, Wächter, Handelsrecht I S. 60, von Hahn, Komm. z. A. d. H. Ges. B. Art. 21 § 1, Makower, Komm. zu Art. 15 S. 150, Munzinger, Motive S. 42, Leuenberger, B. 1867 I 327, und den Entscheid des Bundesraths in S. Ringier & Co. in Zofingen u. La Chaux-de-Fonds B. 1871 II 349, cf. f. B. 1873 II 20—22, die Motive in S. Viatte, sowie diejenigen des Bundesgerichts in S. Pays & Sohn B. G. II 61.

⁸⁾ cf. Puchelt, Komm. z. A. D. H. Ges. B. zu Art. 81, Anm. 6.

offenbar eines juristischen Grundes und zudem würde dieselbe auf erhebliche praktische Schwierigkeiten stossen. — Von anderer Seite ist wenigstens mit Bezug auf die Handelsgesellschaft die Möglichkeit mehrerer Etablissements und damit mehrerer Geschäftsdomizile bezweifelt worden. Man hat eingewendet, dass da, wo unter derselben Firma mehrere Etablissements betrieben werden, die Einheit der Gesellschaft doch nur eine scheinbare sei, im Grunde aber mehrere Gesellschaften bestehen.⁹⁾ In der Regel wird dies allerdings der Fall sein, ein gegentheiliges Verhältniss scheint aber wohl denkbar; wenigstens liegt im Begriff der Kollektivgesellschaft nichts, was die Annahme mehrerer getrennter Handelsniederlassungen ausschliessen würde.

III. Das Spezialdomizil für Handelssachen am Orte des Etablissements darf nach dem Gesagten als durch die bundesrechtliche Praxis anerkannt betrachtet werden, und zwar in dem Sinne, dass es zu diesem Gerichtsstande an der objektiven Thatsache des Etablissements genügt, ohne dass auf subjektiver Seite das Einverständniss des Etablissementsinhabers erforderlich wäre. Die Frage, ob diese Praxis mit dem Art. 59 im Einklange stehe, hängt mit der juristischen Konstruktion, welche man dem angeführten Gerichtsstand gibt, zusammen, und es ist daher zuerst hierauf einzutreten. In dieser Richtung sind jedoch die Meinungen zur Zeit noch wenig abgeklärt, die Doktrin hat dem raschern Schritt des Lebens nicht zu folgen vermocht! Die herrschende Meinung erklärt das genannte Spezialdomizil in der Weise, dass sie die Handelsniederlassung selbst, im Unterschied zu ihrem Inhaber, personifizirt und jenes Spezialdomizil als dasjenige der Handelsniederlassung bezeichnet, wobei letztere als juristische Person gedacht wird.¹⁰⁾ Unter der Handelsniederlassung wird der äussere Apparat verstanden, welcher der Geschäftsthätigkeit des Kaufmanns zu Grunde liegt.¹¹⁾ Diese letztere zeigt

⁹⁾ cf. insbesondere Anschütz, in Anschütz und Voelderndorff's Komm. z. A. D. H. G. B. Bd. II S. 185, und Strey, Handelsgesellschaftsrecht § 11, s. f. Makower, Komm. zu Art. 85, Note 2b.

¹⁰⁾ cf. Brinkmann § 23, Wächter § 6 S. 40, Hassenpflug in Elvers „Themis“ B. I 59 ff, Munzinger, Motive S. 82, 85, Busch, Archiv f. d. Hand.- u. Wechs.-R. B. XX S. 3, Bekker in Goldschmidt's Zeitschrift f. d. ges. Hand. R. B. IV S. 499—527. Die nämliche Auffassung zeigen die Motive des bundesrätlichen Entscheides i. S. Kübler, cf. B. 1866 II 762 ff.

¹¹⁾ Diese Begriffsbestimmung erscheint als einseitig; denn das Wesen des Etablissements besteht nicht in den äussern Anstalten, welche demselben

natürlich eine ausserordentliche Verschiedenheit je nach der Art und dem Umfange des Geschäftsbetriebes. Ist dieser vorzugsweise auf die Beschaffung von Naturprodukten oder industrieller Erzeugnisse gerichtet, so gehören zum Etablissement Grundstücke, Gebäude und Maschinen, während dasselbe beim eigentlichen Handel etwa in einem Waarenlager und zumeist auch in einem Bureau zur Erscheinung kommt. Diese äussern Einrichtungen des Geschäftsbetriebes werden von der herrschenden Meinung gewissermassen als „Zweckvermögen“ (Bekker a. a. O.) betrachtet, personifiziert und als Domizil des Etablissements der Ort bezeichnet, wo jene Anstalten nach Umfang und Bedeutung den örtlichen Mittelpunkt haben. Wäre diese Theorie richtig, so könnte an der bundesrechtlichen Zulässigkeit des Gerichtsstandes des Handelsetablissements nicht gezweifelt werden, darnach wäre eben dieses letztere, als juristische Person, Schuldner und der Sitz desselben das Domizil, an welchem gemäss Art. 59 die persönlichen Ansprachen geltend zu machen sind. Es will uns aber scheinen, diese Art und Weise der Konstruktion des in Frage stehenden Gerichtsstandes entspreche den realen Verhältnissen nicht, sei vielmehr gekünstelt und unrichtig.¹²⁾ Dieselbe nimmt als ganz selbstverständlich an, dass die Personifikation der Handelsniederlassung zum Zwecke der Konstruktion ihres Spezialdomizils statthaft sei. Nach unserem Dafürhalten dürfte aber einzig dann zum Mittel einer solchen künstlichen Schöpfung gegriffen werden, wenn eine andere Erklärung des ausgeführten Rechtssatzes nicht gefunden werden könnte. Die juristischen Personen sind ja bekanntlich keine real existirenden Wesen, sondern blosse Vorstellungs-

dienen, sondern darin, dass der Kaufmann an einem bestimmten Ort eine Handelsthätigkeit entfaltet, so dass dieser Ort als Mittelpunkt seiner kaufmännischen Geschäfte zu betrachten ist. Rhenius a. a. O. S. 3 definiert „das Etablissement ist der Inbegriff aller rechtlichen Beziehungen, welche der Kaufmann von einem bestimmten örtlichen Mittelpunkte aus anknüpft“.

¹²⁾ Gegen die herrschende Meinung: Rhenius S. 22 ff., Thöl a. a. O., Puchelt, Komm. z. D. H. Ges. B., zu Art. 15, 2, Fuchs, D. Konkursprozess S. 37, Feigenwinter S. 81. In der Schweiz ist die öffentliche Meinung der Personifikation des Etablissements abgeneigt. Nachdem der Bundesrath i. S. Kübler sich für dieselbe ausgesprochen, wurde die bezeichnete Auffassung in der Bundesversammlung in heftigster Weise angegriffen. S. namentlich die Ausführungen von Leuenberger, Borel, Schneider, Hauser, Ziegler in den bei Note 4 cit. Aktenstücken. Auch den bundesgerichtlichen Entscheidungen bleibt die Personifikation des Etablissements fern.

produkte, zu deren Schaffung man sich genöthigt glaubt, um gewisse Rechtsverhältnisse konstruiren zu können. Es kann sodann nicht entgehen, dass die von der herrschenden Meinung festgehaltene Theorie durchaus gezwungen ist und mit dem Leben in Widerspruch steht. Darnach dürfte der Inhaber des Etablissements gar nicht als solcher gelten, sondern bloss als Repräsentant der Firma, der Kaufmann hätte genau genommen nicht Eigenthum an seinem Handelsvermögen, sondern nur eine Forderung auf dasselbe gegenüber seinem Etablissement. Ueberhaupt müssten sich Rechtsverhältnisse zwischen dem Kaufmann und der Firma, als Person, denken lassen; solche können aber doch nicht etwa darin gefunden werden, dass die Kaufleute sich in ihren Büchern selbst ein Konto zu eröffnen pflegen; denn derartige Rechnungsmanipulationen entbehren selbstverständlich jeder juristischen Grundlage und Bedeutung. Wir halten es aber für ganz unnöthig, jenen Ausweg der Personifikation des Etablissements zu betreten, da sich das bezügliche Spezialdomizil wol auf einfache und natürliche Weise erklären lässt. Dasselbe beruht, wie oben ausgeführt wurde, einerseits auf der in manchen Fällen gewiss zutreffenden Vermuthung, dass der Kaufmann für die mit dem Etablissement zusammenhängenden Geschäfte am Orte dieses letztern Domizil erwählt habe, und anderseits auf der Annahme, dass das öffentliche Interesse hinsichtlich dieser Vermuthung den Ausschluss des Gegenbeweises erheische. Würde nun die letztere Fiktion nicht hinzutreten, so wäre der in Frage stehende Gerichtsstand als *forum prorogatum* zu betrachten, d. h. begründet durch die stillschweigende Unterwerfung des Kaufmanns unter den Gerichtsstand des Etablissementsorts, für alle auf das Etablissement bezüglichen persönlichen Ansprachen, wobei angenommen würde, der Prorogationswille sei durch die Gründung und Betreibung des Etablissements kundgegeben. Nun ist aber der mit Bezug auf letztere Vermuthung statuirte Ausschluss des Gegenbeweises mit der Natur des *forum prorogatum* resp. einer Domizilerwählung offenbar unverträglich und die berührte Fiktion stempelt den in Frage stehenden Gerichtsstand zu einem *forum contractus*.¹³⁾ Dieses letztere ist aber, wie in § 30 auszuführen sein wird, mit dem Art. 59 unverträglich und daher unzulässig. Im fernern verstösst die genannte Fiktion gegen den Satz, dass ein Verzicht auf irgend ein Recht niemals

¹³⁾ Dies ist schon von A. Heusler (a. a. O. S. 73), ferner von Feigenwinter S. 46 ff. angedeutet worden.

vermuthet werden darf (cf. § 5 IV); eine Vermuthung dieser Art würde aber nach unserer Ausführung in der Annahme jenes Spezialdomizils liegen. Daraus folgt, dass der von der Praxis angenommene Gerichtsstand des kaufmännischen Etablissements, wenn derselbe, wie geschieht, bloss von der objektiven Voraussetzung der Existenz des Etablissements abhängig gemacht wird, mit dem Art. 59 im Widerspruch steht und daher als im interkantonalen Rechtsverkehr unstatthaft erklärt werden muss.¹⁴⁾ Wol ist dagegen jener Gerichtsstand zulässig, soweit das Einverständniss des Etablissementsinhabers, dessen Unterwerfungswille, angenommen werden darf, sei es auf Grund ausdrücklicher Erklärungen oder konkludenter Handlungen. Im weitem lässt sich fragen, ob nicht den Kantonen gestattet werden müsse, von jedem, der auf ihrem Gebiete ein Etablissement gründen will, zu verlangen, dass er sich für die mit dem letztern zusammenhängenden Geschäfte dem Gerichtsstand des Etablissementsortes unterwerfe. Feigenwinter und Roguin¹⁵⁾ nehmen keinen Anstand, einen derartigen Zwang für zulässig zu erklären. Wir sind hier anderer Ansicht und würden in jenem Zwang nicht bloss einen indirekten Angriff auf den Art. 59, sondern auch eine Beeinträchtigung der dem Bürger in Art. 31 der B. Verf. gewährleisteten Handels- und Gewerbefreiheit erblicken, welche letztere nach der cit. Verfassungsbestimmung einzig durch Vorbehalte polizeilicher und fiskalischer Natur beschränkt werden darf. So bleibt denn als Weg, dem besprochenen Gerichtsstand die Thüre zu öffnen, einzig die Revision des Art. 59 im Sinne einer partiellen Zulassung des *forum contractus* übrig! (cf. § 30 II.)

§ 18. Das Spezialdomizil am Orte der Zweigniederlassung.

I. Im Interesse mancher Handelsgeschäfte ist es gelegen, den Geschäftskreis nicht auf den Ort des Etablissements zu beschränken, sondern denselben über mehrere Ortschaften, Gegenden und Länder auszudehnen. Auf eine solche Verzweigung des Geschäftsbetriebes sind namentlich die Eisenbahnen, Dampfschifffahrtsunternehmen, ferner die Speditions- und Versicherungsfirmen angewiesen. Durch die Aussendung von Handlungsreisenden wird jener Zweck in den

¹⁴⁾ Gl. Ans. Heusler S. 73 und Roguin S. 45, 46, 61. cf. f. Rüttimann, Zeitschrift f. schweiz. Recht XVI 34 ff.

¹⁵⁾ cf. Feigenwinter S. 48, Roguin S. 45, cf. B. G. IV 345 E. 3.

meisten Fällen nur unvollständig erreicht, nachhaltiger ist demselben gedient, wenn auch an andern Orten ständige Organe für das Etablissement wirken. Diesen ist gewöhnlich ein Bureau mit Buchführung und Kasse, oft eine Waarenniederlage u. s. w. beigegeben. So erscheint neben dem Stammgeschäft ein auswärtiges Zweiggeschäft („Zweigniederlassung“, „Filiale“, „Succursale“, „Comptoir“). Für unsere Betrachtung entsteht hiebei die Frage, ob der Kaufmann auch am Orte des Zweiggeschäftes mit persönlichen Ansprachen belangt werden kann und in welchem Umfange? Ein erster Blick auf die bezügliche Literatur zeigt uns, dass wir hier noch auf dem Boden des werdenden Rechts stehen. Die Zweigniederlassung ist eine jener Bildungen des modernen Verkehrslebens, welche die Doktrin und Gesetzgebung noch nicht zu durchdringen vermocht haben.¹⁾

II. Was die rechtliche Bedeutung der Zweigniederlassung anbelangt, so steht zunächst ausser Zweifel, dass dieselbe nicht einen Gerichtsstand für alle mit dem Betrieb des Etablissements zusammenhängenden persönlichen Ansprachen begründet, und es kann nur in Frage kommen, ob der Kaufmann nicht wenigstens verpflichtet sei, sich für diejenigen persönlichen Ansprachen am Orte der Zweigniederlassung belangen zu lassen, welche unmittelbar aus dem Geschäftsbetriebe dieser letztern hervorgegangen sind. Zur Zeit ist die Mehrzahl der deutschen Schriftsteller der Annahme eines solchen Spezialdomizils abgeneigt und nur schüchtern tritt die gegentheilige Meinung auf.²⁾ In der Schweiz dagegen herrscht eine dem bezüglichen Gerichtsstande günstigere Stimmung, wie insbesondere aus den Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins in seiner Jahresversammlung vom J. 1864 und den Entscheidungen des Bundesgerichts hervorgeht.³⁾ Wir haben daher zu untersuchen, ob der

¹⁾ Die Gesetzgebung hat von der Zweigniederlassung noch kaum Notiz genommen. Das Allgem. Deutsche Handelsgesetzbuch erwähnt ihrer anlässlich der Eintragung ins Handelsregister, in Art. 21, ebenso der franz. Code de Commerce in Art. 42 Abs. 2.

²⁾ cf. Rhenius a. a. O., Puchelt Komm. z. D. H. Ges. B. zu Art. 111 Anm. 5. Für jenes Spezialdomizil: Auerbach „Aktienwesen“ S. 120.

³⁾ cf. Zeitschrift f. schweiz. Recht B. XIII S. 8 ff., namentlich die Voten von Thurneyssen, Gendre, Serment, Strähl, Bühler. Für das Spezialdomizil der Zweigniederlassung f. Munzinger Motive S. 42, 85 ff. S. f. den Entscheid des Bundesraths i. S. der L'Ouest-Suisse, vom J. 1860, U. 258. Das Domizil dieser

Gerichtsstand der Zweigniederlassung mit dem Art. 59 vereinbar sei? Auch hier, wie beim Gerichtsstand des Etablissements, wird angeführt, die Billigkeit erheische, dass der Kaufmann, welcher seinerseits am Orte der Zweigniederlassung alle Vortheile eines ständigen Geschäftsbetriebes geniesse, verpflichtet werde, daselbst ins Recht zu antworten. Diesem Argument steht aber entgegen, dass der Art. 59 in strikter Weise die Garantie des Wohnsitzrichters ausspricht, und aus dieser folgt für den Inhaber der Zweigniederlassung das Recht, sich der Geltendmachung persönlicher Ansprachen ausserhalb seines Wohnorts zu widersetzen. Ausgenommen sind nur diejenigen Fälle, in denen ein ausdrücklicher oder stillschweigender Verzicht auf den Art. 59 vorliegt; im Zweifel ist aber ein solcher nicht anzunehmen. In dieser Hinsicht gilt überhaupt das mit Bezug auf das angebliche Spezialdomizil am Orte des Etablissements Gesagte und kann daher auf § 17 III verwiesen werden.

III. Eine ziemlich schwierige Frage ist es, welche thatsächliche Voraussetzungen zum Begriff der Zweigniederlassung gehören. Worin unterscheidet sich dieselbe einerseits von dem eigentlichen Etablissement und anderseits von den blossen Hilfsanstalten des Handels, denen gar keine rechtliche Bedeutung zukommt? Zunächst einige Bemerkungen in letzterer Richtung. Damit eine Zweigniederlassung angenommen werden könne, muss ein ständiger, dauernder Geschäftsbetrieb vorliegen. Der blosse Besitz von Grundeigenthum an einem Ort, von Magazinen, Güterschuppen u. s. w. begründet daselbst

Gesellschaft befindet sich gemäss ihrer Konzession in Lausanne, dieselbe besitzt jedoch für ihren Geschäftsbetrieb im Enklave von Céligny ein Bureau in Genf. Der Bundesrath erklärte die Genfer Gerichte als kompetent für diejenigen persönlichen Ansprachen, welche dem Genfer Geschäftsraysen angehören. Aus der Rechtssprechung des Bundesgerichts sind folgende Fälle zu notiren. In S. von Erlach wurde entschieden, der auswärtige Besitz eines landwirthschaftlichen Gewerbes mit Fuhrhaltereie begründe dort einen Gerichtsstand für die hiemit zusammenhängenden persönlichen Ansprachen, B. G. II 46. In S. Huber wurde der Grundsatz aufgestellt, dass der Unternehmer einer Strassenbaute, welcher am Orte der Ausführung derselben Domizil erwählt habe, daselbst für persönliche Ansprachen aus diesem Geschäftsbetriebe nicht bloss vom Bauherrn, sondern auch von jedem Dritten belangt werden könne, B. G. VI 19 E. 5, cf. oben S. 72 Note 3. Die förmliche Anerkennung des Spezialdomizils der Zweigniederlassung wurde im Rekursfalle Pays & Sohn ausgesprochen, B. G. II 61, f. i. S. Gerber B. G. V 147, cf. S. 36 Note 3.

noch keine Zweigniederlassung. Auch eine Fabrik, Bleicherei, ein Steinbruch oder Bergwerk wird nicht ohne weiteres als Zweigniederlassung gelten, trotzdem hier in Folge der Anstellung zahlreicher Arbeiter schon manigfache Rechtsbeziehungen für das Geschäft eingegangen und gelöst werden. Solche Anstalten sind, obwol in der Regel die materielle Grundlage des Etablissements, doch nur Glieder, Organe desselben, nicht ein selbständiger Theil. Es wird ferner ziemlich allgemein angenommen, dass auch die blosse Vermittlung von Geschäften durch einen Prokuristen regelmässig keine Zweigniederlassung zu begründen vermöge.⁴⁾ Ferner sind blosse Agenturen noch keine Succursalen. Was die Kontroverse anbelangt, ob die einzelnen Stationen einer Eisenbahnlinie als Filialen zu betrachten seien, so kann hier lediglich auf den Art. 8 des Eisenbahngesetzes verwiesen werden, wornach die Eisenbahngesellschaften in jedem durch ihre Unternehmung berührten Kantone ein Domizil zu verzeigen haben, an welchem sie von den Einwohnern des betreffenden Kantons belangt werden können. Das Vorhandensein einer Filiale ist in der Regel erst dann anzunehmen, wenn besondere, ständige Organe des Etablissements mit einer gewissen Freiheit und Selbständigkeit der Entschliessung für dieses an einem andern Orte wirken.⁵⁾ Dies trifft vorzugsweise in den Fällen zu, wo ein Handelshaus an einem auswärtigen Platze ein Verkaufsmagazin besitzt und

⁴⁾ cf. Puchelt Komm. zu Art. 21 N. 2, Wächter a. a. O. § 6 N. 19, Archiv f. d. Theorie des Handelsrechts B. II. S. 50—59, cf. B. G. V 146 E. 4. In S. Gétaz wurde vom Bundesrath entschieden, die Miethe eines Lagerungsplatzes und die Anstellung eines Beauftragten für Abnahme und Spedition von Holzwaaren begründe noch keine Zweigniederlassung. cf. U. 257 (1852), s. f. den übereinstimmenden Entscheid des Bundesrathes in dem ganz ähnlichen Rekursfalle Unternährer B. 1869 I 609 und den Beschluss der Bundesversammlung i. S. Bouvier, cf. oben S. 77 N. 6. In Analogie dieser Entscheidungen wird anzunehmen sein, dass die Anstellung eines „Ferggers“ seitens eines Baumwollen- oder Seidenfabrikationsgeschäftes noch keine Zweigniederlassung bewirke. Unter einem „Fergger“ versteht man in der Ostschweiz eine Person, welche als Angestellter eines Hauses an einem auswärtigen Orte mit den Webern der Firma die Arbeitsverträge abschliesst, ihnen das Rohprodukt, vielleicht auch Arbeitsgeschirr übermittelt, später das fertige Fabrikat in Empfang nimmt, den Lohn auszahlt etc. und zu allen diesen Verrichtungen eine „Ferggstube“ hält, wo er an gewissen Tagen zu treffen ist.

⁵⁾ cf. B. G. II 61 i. S. Pays & Sohn. In dem Entscheid i. S. Gerber wurde das hervorgehobene Moment als das für die Zweigniederlassung Charakteristische bezeichnet. B. G. V 147.

dasselbe durch einen selbständigen Prokuraträger betreiben lässt.⁶⁾ Das deutsche Reichsoberhandelsgericht hat entschieden, dass die Subdirektion einer auswärtigen Versicherungsgesellschaft als Zweigniederlassung zu betrachten sei.⁷⁾ Noch schwieriger scheint die Unterscheidung zwischen der Zweigniederlassung und dem selbständigen Etablissement. Beide Institute stellen sich äusserlich als dauernder Geschäftsbetrieb an einem bestimmten Orte dar, geknüpft an irgend eine körperliche Anstalt als Grundlage, wie z. B. ein Komptoir, Laden, eine Gutswirthschaft. Schon der Name „Zweigniederlassung“ oder „Filiale“ deutet indessen darauf hin, dass man unter der letztern einen Geschäftsbetrieb von geringerem Belang versteht, gleichsam einen Ausläufer vom Stamm des Etablissements. Freilich hält es schwer, ein kennzeichnendes thatsächliches Moment zu finden, welches den Begriff der Zweigniederlassung genau bezeichnen würde. Auch sind die Anschauungen hierüber eben zum grossen Theil noch nicht abgeklärt, wie denn überhaupt das ganze Rechtsinstitut noch ziemlich in der Wiege liegt. Das Hauptgewicht wird indessen darauf zu legen sein, ob der Geschäftsbetrieb an beiden Orten völlig selbständig und beziehungslos neben einander besteht oder wirtschaftlich zusammengehört, so dass die eine Anstalt bloss dazu bestimmt ist, dem Betrieb der andern zu dienen. Im erstern Falle wird man eher zwei selbständige Etablissements annehmen, im letztern Falle dagegen am einen Orte eine blosse Zweigniederlassung. Von geringerer Bedeutung erscheint dagegen die Art und Weise der Buchführung, ob sich nämlich hiernach beide Niederlassungen als selbständig darstellen, oder dem einen in den Büchern des andern ein Konto eröffnet ist, denn solchen Rechnungsoperationen darf in dieser Hinsicht keine Wichtigkeit beigelegt werden.

⁶⁾ B. G. V 147 i. S. Gerber: Ein bernisches Handelshaus hielt im Kanton Tessin ein Käseverkaufsmagazin mit einem Repräsentanten, welcher selbständig Bestellungen aufnahm und effektuirte und dessen Fakturen, Briefe etc. den Stempel der Firma mit dem Zusatze „Succursale di Locarno“ trugen. Dieser Geschäftsbetrieb wurde als Zweigniederlassung erklärt.

⁷⁾ Entscheidungen desselben B. XIV S. 125, cf. U. 258 (1857). Auf den Titel wird hierbei jedoch weniger Gewicht zu legen sein als auf die Selbständigkeit des Geschäftsbetriebes. cf. Anschütz und Völderndorff, Komm. z. D. H. Ges. B. I 176 ff.

III. Kapitel.

Zahlungsfähigkeit.

§ 19.

I. Art. 59 der B. Verf. gewährt den Schutz beim natürlichen Richter nur dem „aufrechtstehenden Schuldner“ — „débiteur soluble“. ¹⁾ Die beiden Ausdrücke sind indessen nicht ganz gleichbedeutend. Der erstere bezeichnet die Thatsache, dass eine Person sich nicht im Konkurse befindet, letzterer dagegen sagt allgemein, dass dieselbe im Stande ist, ihre fälligen Zahlungen zu leisten. Es fällt auf, dass im deutschen Text nicht das dem französischen entsprechende Wort „zahlungsfähig“ aufgenommen wurde. Die Redaktoren des Art. 50 hatten letzteres der Tagsatzung vorgeschlagen, auf Antrag der Gesandtschaft von Schwyz wurde dann aber dem Ausdruck „aufrechtstehend“ der Vorzug gegeben. ²⁾ Da der deutsche und der französische Text sich gemäss Art. 126 der B. Verf. an Rechtskraft gleich stehen, so läge hier nach dem strengen Wortlaute eine Kollision vor. Schon der Bundesrath und sodann auch das Bundesgericht haben indessen angenommen, dass mit dem Ausdruck „aufrechtstehend“ nicht die oben angeführte spezifische Bedeutung gemeint sein könne, darunter vielmehr allgemein Zahlungsfähigkeit zu verstehen sei ³⁾, und dass an jener ältern Bezeichnung

¹⁾ Der Staatsvertrag mit Frankreich (cf. S. 38) enthält diese Einschränkung nicht.

²⁾ cf. Blumer 1. Aufl. I, 182 u. Off. Abschiede der Tagsatzung von 1848, IV 271.

³⁾ U. 303 E. 5 (1854), 239 E. 2 (1859), 304 E. 2, 307 E. 1 (1860), 907 (1862), B. G. III 54 E. 3, 58 E. 3, IV 30 E. 3, V 183. cf. Roguin, S. 31.

nur darum festgehalten wurde, weil dieselbe seit dem Konkordat von 1804 traditionell und volksthümlich geworden war. Gewiss ist diese Auffassung richtig. Dafür spricht schon die vorbehaltlose Gleichstellung des Ausdruckes mit „solvable“, namentlich aber der Umstand, dass bei anderweitiger Interpretation in denjenigen Kantonen, deren Gesetzgebung den Konkurs nur gegenüber Kaufleuten kennt, der Art. 59 und dessen Arrestverbot in ganz verschiedenem Umfange zur Anwendung käme, wie im übrigen Gebiet der Eidgenossenschaft, was nicht in der Intention des Gesetzgebers gelegen haben kann.

II. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners wird vermuthet, und der Gläubiger, welcher die Zahlungsunfähigkeit behauptet, muss diese beweisen (cf. § 8). — Als zahlungsfähig gilt derjenige, welcher im Stande ist, die an ihn herantretenden exekutionsfähigen Ansprachen zu erfüllen. Welches sind nun die Thatsachen, aus denen auf die Insolvenz des Schuldners geschlossen werden darf? Hierüber ist Folgendes zu bemerken: Die Konkurseröffnung über den Schuldner ist zum Beweise der Zahlungsunfähigkeit nicht unbedingt nothwendig, cf. N. 3; denn bekanntermassen giebt es Personen, welche trotz ihrer notorischen Zahlungsunfähigkeit den Konkurs stets hinauszuschieben wissen, oder gerade, weil bei ihnen nichts zu finden ist, nicht zum Konkurse getrieben werden. In solchen Fällen dem Gläubiger zu verwehren, auf auswärts gelegene Vermögensstücke des Schuldners Arrest zu legen, wäre offenbar nicht in der Intention des Art. 59. Bildet aber umgekehrt die Konkurseröffnung in allen Fällen den Beweis für die Zahlungsunfähigkeit? Es liesse sich denken, dass die Aktiven trotzdem über den Passiven stehen, z. B. bei Erbsausschlagung wegen Unkenntniss des Vermögensbestandes der Erbschaft, oder wenn ein Vermögen aus Objekten von zweifelhaftem oder schwankendem Werthe besteht, z. B. Spekulationspapieren, streitigen Rechten. Fälle solcher Art sind aber ziemlich selten und sodann fällt als entscheidend in Betracht, dass dem Gemeinschuldner durch das Konkursdekret die Dispositionsbefugniss über sein Vermögen entzogen wird und derselbe jedenfalls aus diesem Grunde nicht zahlen kann, also „zahlungsunfähig“ ist. Wenn das Konkursdekret zurückgezogen wird, so tritt die Vermuthung für die Zahlungsfähigkeit wieder ein.⁴⁾ Im

⁴⁾ B. G. VI 18 E. 3.

fernern geht es nicht an, dass der Gläubiger sich nach Jahren auf die einstige Zahlungsunfähigkeit des Schuldners berufe, weil nicht anzunehmen ist, dass der Vermögenszustand der gleiche geblieben sei.⁵⁾ Ebenso spricht die Vermuthung für die Zahlungsfähigkeit, wenn der Konkurs in Folge Zwangsnachlassvertrages oder Moratoriums wieder aufgehoben wird; einem freiwilligen „Accommodement“ oder „Accord“ kommt diese Bedeutung nur dann zu, wenn an demselben sämtliche Gläubiger Theil nehmen.⁶⁾ — Aus der Thatsache, dass der Schuldner schon öfters betrieben und gepfändet wurde, kann nicht ohne weiteres auf dessen Insolvenz geschlossen werden; denn bekanntlich giebt es Leute, welche ohne Noth, aus Nachlässigkeit oder bösem Willen es zum Aeussersten kommen lassen, ehe sie zahlen.⁷⁾ — Keinen Beweis der Zahlungsunfähigkeit bildet ferner der im schweizerischen Schuldbetreibungsverfahren vorkommende „Rechtsvorschlag“ oder „Rechtsdarschlag“⁸⁾; denn hiemit wird nur die Zahlungsweigerung konstatirt, dieser können aber andere Motive als Mittellosigkeit zu Grunde liegen, wie z. B. Bestreitung der Ansprache, Einrede der Gegenforderung etc. Dagegen ist der Beweis der Insolvenz als erbracht anzusehen, wenn sich bei der Betreibung ergeben hat, dass der Schuldner an seinem Wohnorte kein, oder doch nicht genügendes pfandbares Vermögen besitzt, so dass weder Zahlung noch Deckung erfolgte. Eine blosse Vermögensanwartschaft oder Aussicht auf künftigen Verdienst kann natürlich nicht als Vermögen gelten.⁹⁾ Falls die Betreibung wegen Mangel an Aktiven erfolglos bleibt, stellt der Schuldbetreibungsbeamte in der Regel eine Bescheinigung dieser Thatsache aus. Die betr. Urkunde heisst in den meisten Kantonen „leerer Pfandschein“, in Luzern „Zahlungsabschlag“, in Freiburg „Unzahlbarkeitsurkunde“,

⁵⁾ cf. B. G. VI 539 E. 4. Das Gegentheil ist angenommen in dem in B. G. VII S. 28 abgedruckten Entscheid in S. Roos & Cons., welcher mit dem eben citirten Präjudiz in grellem Widerspruch zu stehen scheint. — Das Bundesgericht hat im fernern entschieden, die Thatsache, dass der Schuldner früher Armenunterstützung empfangen habe, genüge nicht, um Zahlungsunfähigkeit anzunehmen. B. G. VI 525.

⁶⁾ U. 912 (1862).

⁷⁾ U. 307 E. 1 (1860). Geschäftsbericht 1873, S. 367. B. G. IV 30 E. 3, VII 224 E. 2.

⁸⁾ B. G. I 231.

⁹⁾ U. 310 (1857). B. 1866 I 461, 462. B. 1871 II 376, 396 E. 3. B. G. VII 224 E. 2.

einige Kantone haben hiefür die Bezeichnung „acte de défaut de biens“, Genf den Namen „procès-verbal de carence“. Attestate dieser Art bilden vollen Beweis der Zahlungsunfähigkeit.¹⁰⁾ Auf eine solche Urkunde kann sich für die nächste Zukunft auch jeder andere Gläubiger berufen.¹¹⁾ Die Zahlungsunfähigkeit wird ferner konstatiert durch die eigene Erklärung des Schuldners, dass er nichts besitze¹²⁾, z. B. in einer Accommodementsofferte. Bei Kaufleuten dokumentirt sich die Zahlungsunfähigkeit in der Regel durch die „Zahlungseinstellung“. Diese zeigt, dass nicht bloss das Vermögen, sondern auch der Kredit des Schuldners erschöpft ist. Was als Zahlungseinstellung zu betrachten sei, lässt sich nicht leicht durch eine allgemeine Regel ausdrücken; ob hiezu eine einzige Zahlungsweigerung genüge, ob dieselbe sich auf Handelsschulden beziehen müsse, — dies sind Fragen des richterlichen Ermessens. Wenn das Geschäftslokal geschlossen wird, oder der Kaufmann sich entfernt, ohne einen Stellvertreter zurückzulassen, ist dieselbe wenigstens in der Regel anzunehmen. — Keinen Beweis der Zahlungsunfähigkeit bildet das Attestat einer Amtsstelle, worin diese bezeugt, es sei ihr kein Vermögen des Schuldners bekannt.¹³⁾ — Eine Gesellschaft ist noch nicht insolvent mit der Zahlungsunfähigkeit eines ihrer Antheilhaber. (cf. § 14 IV.)

¹⁰⁾ B. 1871 II 396 E. 3. B. G. I 159 E. 5, 164 E. 2, 234 E. 5, 238, 239, 243 E. 2, 320 E. 3, III 230 E. 4, 5.

¹¹⁾ B. 1867 I 608.

¹²⁾ B. 1870 II 142. B. G. III 230 E. 4, 5.

¹³⁾ U. 307 E. 1 (1860).

IV. Kapitel.

Die persönlichen Ansprachen.

A. Im allgemeinen.

§ 20. Wörtliche Interpretation des Art. 59.

I. Die zweite Voraussetzung der Anwendbarkeit des Art. 59 besteht darin, dass eine „persönliche Ansprache“ vorliegen muss. Es wird desshalb unsere Aufgabe sein, den Begriff der „persönlichen Ansprachen“ im Sinne der B. Verf. festzustellen.

Den Schuldner „für eine Ansprache suchen“ will heissen, ein Begehren im rechtlichen Sinne und zwar ein gerichtliches Verlangen an denselben stellen. Ansprachen sind also Rechtsbegehren, zu deren Erzwingung die richterliche Hülfe angerufen wird.

Nicht alle Rechtsbegehren fallen indessen unter den Art. 59. Aus der Fassung dieser Bestimmung, sowie aus der Geschichte und Stellung derselben ergibt sich zweifellos, dass nur Rechtsbegehren privatrechtlicher, nicht aber solche öffentlichrechtlicher Natur hieher gehören. Begehren strafrechtlichen oder administrativen Charakters bleiben demnach — und damit ist eine erste wichtige Ausscheidung vollzogen — ausserhalb des Geltungsbereiches des Art. 59.

II. Aber auch die privatrechtlichen Rechtsbegehren gehören nicht in ihrer Gesamtheit hieher, vielmehr muss, damit der Art. 59 Platz greife, speziell eine „persönliche“ Civilansprache vorliegen. Was ist darunter zu verstehen? Zunächst ist wol klar, dass in dem Ausdrucke „persönlich“ der deutliche Hinweis auf eine besonders intensive Beziehung zu einer Person liegt. Dass dabei die Person desjenigen gemeint sei, an welchen die Ansprache gestellt

wird, geht mit Gewissheit aus dem Wortlaut des Art. 59 selbst hervor, welcher von einem Schuldner spricht, der gesucht werden muss und überhaupt gerade zum Schutze des Schuldners aufgestellt ist. Man könnte nun daran denken, die B. Verf. wolle unter persönlichen Ansprachen solche verstanden wissen, die auf Geltendmachung eines Rechtes gehen, dessen Objekt eine Person wäre. Allein ganz abgesehen davon, dass die Person als solche in ihrer Eigenschaft als Rechtssubjekt, nicht Objekt irgend eines Anspruchs sein kann, bleibt diese Annahme schon desshalb ausgeschlossen, weil Art. 59 nicht von Rechten, sondern von Ansprachen redet, und weil er nicht das civilrechtliche, sondern das prozessualische Moment betont. So gelangt man denn nothwendig zu der Annahme, Art. 59 verstehe, indem er auf eine besonders starke, innige Beziehung des Rechtsbegehrens zu einer Person hinweist, unter persönlichen Ansprachen solche, die gegen eine bestimmte Person gerichtet sind. — Wir gewärtigen den Einwurf: Gehen denn nicht alle Ansprachen im Grunde genommen gegen Personen? Allerdings, ist doch das Privatrecht die staatlich gesetzte Norm für die Beziehungen der Individuen unter einander. Allein es besteht immerhin ein tiefgreifender, wesentlicher Unterschied. Während nämlich bei den einen Ansprüchen die Person desjenigen, von dem man etwas verlangt, unmittelbar aus dem Gegebensein des Rechtes selbst, aus dem der Anspruch hervorgeht, bestimmt ist, gehen umgekehrt andere Ansprüche nicht ohne weiteres, von Anfang an gegen einen bestimmten Gegner. Wenn nun der Art. 59 speziell von „persönlichen“ Ansprachen spricht, so können — gerade weil allgemein betrachtet jede Klage gegen eine Person geht — mit der besondern Hervorhebung dieses Merkmals nur solche Ansprachen gemeint sein, welche sich in besonders unmittelbarer Weise, also namentlich gleich von Anfang an gegen eine bestimmte Person richten.

III. Die wörtliche Interpretation des Art. 59 ergibt noch einen weitem Anhaltspunkt zur Bestimmung der Bedeutung der persönlichen Ansprachen. Art. 59 spricht vom „Schuldner“ und im Nachsatz von „Forderungen“. Unter „Schuldner“ versteht man im gewöhnlichen Sprachgebrauche den zu einer Geldleistung Verpflichteten, und dem entsprechend bezeichnet man mit „Forderungen“ die auf Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit gehenden Ansprüche. Damit gewinnen wir ein neues Moment: die Erkenntniss, dass die persönlichen Ansprachen wesentlich solche Ansprachen in sich

begreifen, welche eine ökonomische Bedeutung haben, mit andern Worten, welche sich in ein vermögensrechtliches Interesse auflösen. — Die historische Entwicklung des in Art. 59 niedergelegten Prinzips unterstützt diese Ansicht in hohem Grade. In den alten Bünden ist der Gerichtsstand des Wohnorts ausdrücklich nur für „Geldschulden“ garantirt¹⁾, und noch das Konkordat vom 15. Juni 1804 spricht von Schuldbetreibungen, also von Forderungen, die sich auf dem Wege der Schuldbetreibung realisiren lassen. Im Verfassungsentwurf von 1833 findet sich zum ersten Male die jetzt feststehende Bezeichnung „persönliche Ansprachen“. Offenbar wurde damit den früher üblichen Ausdrücken gegenüber vom Gesetzgeber eine absichtliche Erweiterung geschaffen. Die gegenwärtige Fassung deutet zunächst an, dass nicht etwa bloss die eigentlichen „Geldschulden“, die freilich stets die grosse Masse der persönlichen Ansprachen ausmachen, sondern überhaupt alle Forderungen, welche einen Geldwerth für den Kläger haben, hieher zu zählen sind. Man wird sogar noch einen Schritt weiter gehen und annehmen dürfen, dass auch Klagen ohne pekuniäres Interesse, sofern sie nur die übrigen Merkmale der persönlichen Ansprachen an sich tragen, unter die Norm des Art. 59 fallen. Trotzdem bleibt es wahr, dass auch die heutige Fassung und noch mehr die Entstehungsgeschichte sowie der praktische Zweck der Verfassungsbestimmung deutlich darauf hinweisen, dass dieselbe im allgemeinen auf vermögensrechtliche Ansprüche berechnet ist. Daraus ergibt sich die wichtige Folgerung, dass Klagegattungen, zu deren wesentlichen Merkmalen gerade der Mangel eines pekuniären Interesses gehört, dem Art. 59 unbedingt fremd bleiben.

Das Resultat der wörtlichen Interpretation des Art. 59 geht, wenn wir die obigen Ausführungen zusammenfassen, dahin, dass unter „persönlichen Ansprachen“ civile Rechtsbegehren regelmässig vermögensrechtlicher Natur zu verstehen sind, die sich von vornherein gegen eine bestimmte Person richten.

§ 21. Die Doktrin, Charakter und Wesen der persönlichen Ansprachen.

I. Nachdem bisher versucht wurde, die Bedeutung des Ausdrucks „persönliche Ansprachen“ unmittelbar aus der Wortinter-

¹⁾ cf. Welti a. a. O. S. 53, 55, 67 und Nüscheler a. a. O. S. 68, cf. oben Seite 3.

pretation des Art. 59 zu gewinnen, soll nunmehr geprüft werden, wie das Resultat sich zu der in der gemeinrechtlichen Doktrin üblichen Eintheilung verhält, womit eine juristische Charakteristik des Begriffs der persönlichen Ansprachen zu verbinden ist.

Die persönlichen Ansprachen („réclamations personnelles“, „pretesi personali“) des Art. 59 sind nichts anderes als die actiones in personam s. personales der gemeinrechtlichen Doktrin. Bekanntlich gehen alle Klagen „aut in personam aut in rem“, mit andern Worten: sie zerfallen in persönliche und dingliche im weitern Sinn.

II. Suchen wir nun die einzelnen Merkmale der actiones in personam festzustellen. Dabei ist zu bedenken, dass die Eintheilung eine allgemeine ist, demnach auch nur allgemeine Kriterien in Betracht kommen können. — Die wesentlichste Eigenschaft der persönlichen Klagen ist eben jene direkte Richtung auf das verpflichtete Rechtssubjekt, welche schon bei der grammatischen Interpretation des Ausdrucks „persönliche Ansprachen“ so deutlich hervortritt. Diese unmittelbare Wirksamkeit mit Hinsicht auf die Person des Verpflichteten äussert sich insbesondere darin, dass der Gegner gleich von Anfang an mit dem Existentwerden des Klagerechts im civilrechtlichen Sinne gegeben ist und die Klage im prozessualischen Sinne dann nur gegen diesen Gegner (bezw. dessen Rechtsnachfolger oder Stellvertreter) geht. Also schon so lange das Klagerecht erst als ein virtuelles (potentielles) existirt, äussert sich die dem Rechte innewohnende Macht mit Bezug auf den Willen einer bestimmten dem Berechtigten gegenüberstehenden Person. Ohne eine solche ist das Recht gar nicht denkbar. Ganz anders bei den dinglichen Ansprüchen. Hier tritt die Individualisirung des Gegners erst mit dem Zeitpunkte ein, wo das virtuelle Klagerecht zum aktuellen wird. So lange das Klagerecht lediglich als virtuelles existirt, d. h. so lange nur die rechtliche Möglichkeit besteht, für den Fall der Läsion den Rechtsschutz anzurufen, bleibt der Gegner völlig unbestimmt und unbekannt. Das Band zwischen dem Berechtigten und einem bestimmten Verpflichteten ist noch nicht geknüpft. Insofern freilich, als alle Dritten gehalten sind, das Recht zu respektiren, kann man sagen: der dingliche Anspruch geht gegen Jedermann, gegen Niemanden nicht. Zum eigentlichen Gegner aber wird erst derjenige, welcher störend in die dingliche Machtsphäre des Berechtigten ein-

greift und damit zur Entstehung eines Klagerechts im prozessualischen Sinn Anlass giebt.¹⁾

III. Man mag mit einer gewissen Berechtigung einwenden, die Richtung des Klagerechts könne als etwas Aeusserliches nicht den ganzen bedeutsamen Unterschied zwischen den *actiones in personam* und den *actiones in rem* ausmachen. In der That erscheint die persönliche Richtung im Grunde genommen nur als die Konsequenz tiefer liegender Eigenschaften. Allein dieselben sind häufig verschleiert und fallen keineswegs so unmittelbar ins Bewusstsein, wie die in der äussern Wirksamkeit des Rechtsanspruches sich zunächst zeigende Richtung. Ueberdies liegen diese Merkmale mehr nach der materiellen als nach der prozessualischen Seite hin, und eine zu starke Betonung derselben müsste deshalb dazu verleiten, bei Bestimmung der Klagen überall nur das zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniss ins Auge zu fassen.

Die verschiedene Richtung der Klagen gewissermassen bedingend ist zunächst die Verschiedenheit im Inhalt. Bei den persönlichen Klagen erscheint als Inhalt der Anspruch auf ein Thun (*ein dare facere praestare*), also auf ein Thätigwerden der dem Berechtigten als Verpflichteter gegenüberstehenden Person. Das Thun ist hiebei im weitesten Sinne zu nehmen und darunter überhaupt jede Unterordnung einer Willensäusserung des Verpflichteten unter den Willen des Berechtigten zu verstehen. — Der Inhalt der unpersönlichen Ansprachen besteht dagegen in der Geltendmachung eines Herrschafts- oder Autoritätsverhältnisses. Zur Ausübung des zu Grunde liegenden Rechts bedarf es hier überall nicht der thätigen Mitwirkung dritter Personen, vielmehr entspricht der Macht des Berechtigten lediglich eine negative Rechtspflicht aller Andern, den Berechtigten in seiner Herrschaft nicht zu stören, sich mit seinem Rechte nicht in Widerspruch zu setzen. Erst wenn dieser Widerspruch vollzogen wird und durch Nichtachtung oder Verletzung ein

¹⁾ Die Doktrin gewährt insofern kein reines Bild, als manche Schriftsteller die Natur der Klagen einfach nach der Natur der Rechte, zu deren Schutz sie dienen, bestimmen und die mehr prozessualischen Momente einigermaßen vernachlässigen. Ueber die Richtung der persönlichen Ansprüche cf. die Pandektenlehrbücher von Windscheid § 43 Ziff. 3, Arndts § 97, Keller § 79, Wächter I S. 177, Savigny, System V 14, ferner Boitard, *Leçons sur la proc. civ.* I No. 128, Merlin, *Rép. de jurisprud.* S. 188, Dalloz, *Dict. alph.* I v. „*action personnelle*“.

Eingriff in das dingliche Recht erfolgt, verwandelt sich der dingliche Anspruch theilweise, und dann tritt ein ähnliches Verhältniss ein, wie bei den persönlichen Ansprüchen, indem die dingliche Klage nun ebenfalls auf eine Leistung (Wiederaufhebung der Verletzung) geht.

IV. Im engsten Zusammenhang mit der Verschiedenheit im Inhalt steht sodann die Verschiedenheit in den Objekten, welche die Klagen in ihrer Wirkung erfassen. — Die persönlichen Ansprachen gehen, wie oben gezeigt wurde, auf ein Thun. Es liegt desshalb nahe, als Objekt des Anspruches die Person zu betrachten, von welcher die Handlung verlangt wird. Die Person als solche kann aber in ihrer Totalität nach modernen Rechtsbegriffen einer fremden Gewalt nicht unterthan sein; denn damit wäre von selbst wieder der vorausgesetzte Begriff der Persönlichkeit aufgehoben und es bliebe nur die Herrschaft an einer Sache in Menschengestalt in Form der Sklaverei übrig. Wol aber ist es möglich, dass der Wille einer Person in einzelnen Richtungen, sei es auf Grund der allgemeinen Rechtsordnung, sei es kraft einer speziellen Vereinbarung, beschränkt wird, zu Gunsten der Willensmacht einer andern Person. Das Verhältniss wird daher richtiger dargestellt, wenn man als Objekt des persönlichen Anspruchs den Willen einer bestimmten Person bezeichnet, welcher theilweise und je nach der Modalität des Rechtsverhältnisses in verschiedener Art influirt und dem Willen des Berechtigten unterworfen ist. Dies ist denn auch die Auffassung der herrschenden Meinung.²⁾ — Wesentlich anders gestaltet sich das Verhältniss bei den unpersönlichen Ansprüchen. Hier erscheint als Gegenstand des Anspruches regelmässig eine Sache, d. i. ein unpersönliches Stück der Aussenwelt. Im letzten Resultate wird allerdings, wie bereits betont wurde, auch hier der Wille Dritter berührt, aber nur in höchst indirekter Weise. Auch ist es niemals ausschliesslich der Wille einer bestimmten Person, sondern der Wille der Gesamtheit aller fremden Personen, welcher beeinflusst wird. So ergiebt sich, während bei den persönlichen Ansprüchen stets eine Beziehung von Person zu Person vorliegt, hier in der Regel

²⁾ cf. Unger, System des Oesterr. Privatrechts I 540, Wächter, Handbuch des Württemberg. Privatrechts I § 47, und „Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württemberg. Privatrecht“ I S. 89, 95, Kierulff „Theorie des gem. deutschen Civilrechts“ S. 163, Sintenis „Das praktische gemeine Civilrecht“ I S. 17, 247 ff., Windscheid §§ 38, 41, 250.

eine Beziehung der Person zur Sache. Wo aber das Objekt bei den unpersönlichen Ansprüchen keine Sache ist, da handelt es sich überall um Feststellung eines der Allgemeinheit gegenüber geltenden Rechtsverhältnisses und wird also nicht oder doch nicht ausschliesslich der Wille Einzelner betroffen.

V. Ein letztes unterscheidendes Moment bei der Zweitheilung der Klagen in *actiones in personam* und *actiones in rem* besteht darin, dass erstere das ihnen zu Grunde liegende Recht erschöpfen, letztere dagegen nicht. Die persönlichen Ansprachen sind nichts anderes als die betreffenden subjektiven Rechte in ihrer prozessualischen Geltendmachung und Gestaltung. Da die Verpflichtung zu einer Handlung den Inhalt des persönlichen Anspruchs bildet, so geht dieser unter, sobald die Handlung geschehen ist. Mit der Erfüllung oder Durchführung des eingeklagten persönlichen Anspruchs tritt somit überall eine Konsumtion des subjektiven Rechtes selbst ein, während umgekehrt die unpersönlichen Klagen die Willensmacht des Berechtigten keineswegs erschöpfen, sich vielmehr nur als vereinzelte Ausflüsse derselben darstellen.

VI. Die sämtlichen besprochenen Merkmale bedingen sich gegenseitig und beruhen in ihrem letzten Grunde auf der den persönlichen Ansprüchen eigenthümlichen besonders intensiven Beziehung zum Willen einer schon mit der Begründung des Rechtsverhältnisses gegebenen Person. Die Eintheilung der Klagen in zwei grosse Kategorien lässt sich somit auf die allgemeine Erscheinung zurückführen, dass die Rechte sich theils mehr positiv auf einzelne von Anfang an bestimmte Individuen, theils mehr negativ auf alle uns gegenüberstehenden Menschen beziehen, also theils einen relativen, theils einen absoluten Charakter in sich tragen.

VII. Die persönlichen Ansprachen, wie sie im Vorstehenden charakterisirt worden, sind nichts anderes als die Klagen zum Schutze der Forderungsrechte: die *actiones in personam* sind die obligatorischen Klagen.³⁾ Ihnen stehen, da die Zweitheilung eine erschöpfende ist, die Klagen aus den übrigen Gruppen gegenüber. Selbstverständlich darf man hiebei die dinglichen Klagen (*actiones in rem*) im weitern Sinne nicht mit den dinglichen Klagen im engern Sinne, d. h. den sachenrechtlichen identifiziren. Diese Gefahr liegt

³⁾ cf. Savigny, System V 17, Windscheid § 45 Ziff. 2, Arndts § 97, Wächter, Pand. S. 177, Merlin, Rép. p. 188.

insofern nahe, als man gewöhnlich zunächst nur an den Gegensatz zwischen persönlichen und dinglichen Ansprüchen im engeren Sinne denkt. Es giebt aber *actiones in rem* (z. B. die Statusklagen), die keineswegs sachenrechtlicher Natur sind. Bei der Gegenüberstellung der beiden grossen Klagegattungen bezeichnet „in rem“ durchaus nicht speziell das dingliche, sondern ganz allgemein das unpersönliche Element. In den Quellen werden denn auch die Worte „in rem“ häufig da angewendet, wo von Etwas gesagt werden will, dass es eine gewisse unbedingte, absolute Bedeutung habe oder allgemein gelte, also adverbialisch im Sinne von „generaliter“. Es soll damit die Indifferenz der persönlichen Beziehung angedeutet werden, so beispielsweise in den Verbindungen: „*pactum in rem*“, „*privilegium, remedium in rem*“, „*praetor generaliter et in rem loquitur*“, „*interdictum, edictum in rem scriptum, conceptum*“.⁴⁾ Dinglich in diesem Sinne, d. h. unpersönlich, sind alle Klagen ausser den Forderungsklagen.

VIII. Mit den bisherigen Ausführungen ist die Ausscheidung der unter den Art. 59 fallenden Klagen im grossen und ganzen vollzogen. Es giebt indessen Grenzgebiete, wo die typisch verschiedenen Gattungen einander berühren und Uebergangsformen entstehen, in welchen die charakteristischen Merkmale verschwinden. Im Folgenden wird es unsere Aufgabe sein, die einzelnen Klagegattungen an Hand der aufgestellten Charakteristik auf ihre Zugehörigkeit zu Art. 59 zu prüfen und die schwankenden Formen zu bestimmen.

Schon hier sind indess einige Ausnahmen allgemeiner Art zu berühren. — Die „*actiones in rem scriptae*“ gehören zwar dem Gebiete des Obligationenrechtes an, weichen aber insofern von dem Wesen der persönlichen Klagen ab, als sie sich nicht ausschliesslich gegen eine bestimmte Person richten. Immerhin darf die Unbestimmtheit des Gegners nicht als eine absolute gedacht werden, vielmehr ist von vornherein wenigstens ein begrifflich fixirter Kreis von Personen gegeben, aus welchem der Beklagte hervorgehen muss. Beklagter ist diejenige Person, welche in ein bestimmtes, zum voraus bekanntes Verhältniss eintritt, z. B. in den Besitz der Sache, auf

⁴⁾ cf. L. 7 § 8, l. 57 § 1 D. de pactis 2, 4; l. 5 § 3 D. quibus ex causis, 42, 4; l. 5 pr. D. usufruct. 7, 9; ferner Savigny a. a. O. V 24, Thibaut „Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts“ II S. 30, 36, Arndts Pand. § 97 Anm. 4.

welche die Klage Bezug hat. Da die Richtung des Anspruchs sonach immerhin nicht jene unbeschränkte Allgemeinheit hat, wie bei den dinglichen Ansprüchen und zudem die übrigen Merkmale der persönlichen Ansprüchen zutreffen, werden die *actiones in rem scriptae* in der gemeinrechtlichen Lehre als persönliche Klagen betrachtet.⁵⁾ Anlässlich eines in mehrfacher Beziehung interessanten Spezialfalles hat sich denn auch das Bundesgericht dahin ausgesprochen, dass diese Klagen (speziell das *interdictum quod vi aut clam*) unter den Art. 59 fallen.⁶⁾

Wenn so bei gewissen persönlichen Ansprüchen ein Zurücktreten einzelner charakteristischer Eigenschaften vorkommt, so giebt es anderseits Klagen, deren unpersönliche Natur zwar an und für sich durchaus klar zu Tage liegt, die aber mit pekuniären Ansprüchen anderer Art vermischt erscheinen. Insbesondere sind es die dinglichen Klagen, welche häufig obligatorische Nebenpunkte enthalten⁷⁾, ohne dass dadurch der dingliche Charakter aufgehoben würde. Bisweilen, namentlich bei den sog. „Theilungsklagen“, kostet es freilich Mühe, das primäre Element festzustellen. cf. § 23 VIII.

IX. Mit den eben berührten sind jene andern Fälle nicht zu verwechseln, wo zugleich mehrere verschiedenartige aber selbständige Klagebegehren gegen denselben Beklagten gestellt werden. Hier hat der Richter offenbar eine Sonderung vorzunehmen, da die willkürliche, bloss äusserlich-formale Verbindung innerlich getrennter, heterogener Ansprüchen die Kompetenz unmöglich verschieben kann.

Noch häufiger kommt es vor, dass ein und dasselbe Rechtsbegehren in Folge unklarer oder inkorrektur Formulirung an einem innern Widerspruch zu leiden scheint. Dies wird z. B. dann der Fall sein, wenn das *Petitum* und die ihm beigefügte technisch-juristische Bezeichnung nicht kongruent sind. Unter solchen Umständen gehört es zur Aufgabe des Richters, im Wege der Interpretation auf Grund des Wortlautes des Begehrens und nach Massgabe der vorliegenden thatsächlichen und rechtlichen Momente festzustellen, welche Klage der Kläger in Wirklichkeit zu stellen beabsichtigt. Massgebend für die Qualifikation der Ansprache ist

⁵⁾ cf. Windscheid „Die Aktio“ S. 16, Arndts Pand. § 97 Anm. 5, Brinz Pand. I S. 276, Wächter Handbuch § 47 Note 4, Kierulff a. a. O. S. 165, Duroi im Archiv f. d. Civilistische Praxis Bd. VI S. 410.

⁶⁾ B. G. III 633 E. 3 in S. Bertschinger.

⁷⁾ cf. Keller, Pand. § 79.

demnach der wahre Wille des Klägers, wie er sich durch die Auslegung ergibt. Dies ist auch die Meinung des Bundesgerichts, wenn dasselbe sagt: „Ueber die rechtliche Natur einer Klage entscheidet der Inhalt des Klagebegehrens.“⁸⁾ Damit ist zugleich ausgesprochen, dass es nicht sowol auf die allgemeine Absicht, den letzten Zweck des Klägers, als vielmehr darauf ankommt, was derselbe speziell mittelst des gestellten Begehrens verlangt. Indessen greift dann eine Ausnahme Platz, wenn eine unpersönliche Klage im konkreten Falle materiell gar nicht möglich ist und die Einkleidung des Anspruchs in eine solche offenbar in fraudem legis, d. h. lediglich zu dem Zwecke stattgefunden hat, um die Vorschrift des Art. 59 zu umgehen. Rechtlich steht ein solcher Fall demjenigen gleich, wo geradezu eine persönliche Ansprache geltend gemacht wird.⁹⁾ cf. S. 125.

B. Ansprachen kontroverser Natur aus den einzelnen Rechtsgruppen.

§ 22. Obligationenrecht.

I. Nach den bisherigen Ausführungen sind die persönlichen Ansprachen identisch mit den obligatorischen; es fallen demnach die sämtlichen aus Forderungsrechten hervorgehenden Klagen und nur diese in den Bereich des Art. 59.

Unter den manigfaltigen Gestaltungen der obligatorischen Ansprachen treten als wichtigste Gruppe die Forderungsklagen aus Verträgen hervor. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass die Klagen auf Erfüllung oder aus Nichterfüllung obligatorischer Verträge, sowie die Klagen auf Aufhebung von solchen in erster Linie hierher gehören.¹⁾ cf. § 23.

⁸⁾ cf. B. G. III 633 E. 2. Ebenso schon U. 873 (1863).

⁹⁾ B. G. III 57 E. 2, V 442.

¹⁾ cf. B. G. III 44 E. 1 (actio mandati), IV 561 E. 4 (actio locati). Gleich den Ansprüchen aus andern Verträgen sind auch die auf einem Schiedsvertrage beruhenden Begehren zu behandeln. Wenn also bei Abschluss eines Vertrages bestimmt wird, allfällig aus dem Vertrag entstehende Streitigkeiten seien einem Schiedsgericht zu unterbreiten, so gehören die in der Folge entstehenden Streitfragen über die Kompetenz des letztern vor den natürlichen Richter des Beklagten. cf. B. 1866 I 463 E. 3, 1869 I 987 ff., 1871 II 375, ferner U. 625 (1857), B. G. III 216 E. 4.

II. Zweifel können etwa da auftauchen, wo das Forderungsrecht äusserlich eine gewisse sachliche Beziehung aufweist, wie dies namentlich bei den auf ein dare gerichteten Obligationen der Fall ist. Hier lässt sich insofern sagen, die Obligation habe eine Sache zum Gegenstand, als sie dahin geht, dass der Schuldner uns eine Sache leiste, d. h. uns das Eigenthum oder den Genuss derselben gewähre. Trotzdem aber solche Klagen in ihrem realen Effekte den dinglichen nahekommen, besteht doch zwischen den beiden ein tiefgreifender juristischer Unterschied. Genau betrachtet gehen diese Klagen zunächst immer nur auf die Verschaffung der Sache, mithin eine Handlung, welche darin besteht, dass der Verpflichtete die Sache dem Berechtigten überträgt; zwischen dem Berechtigten und der Sache steht der Schuldner, welcher zur Uebermittlung verpflichtet ist. Es hat also der Gläubiger kein unmittelbares selbständiges Recht auf die Sache, sondern lediglich einen Anspruch auf Verschaffung derselben durch den Schuldner; würde er die Sache eigenhändig ergreifen, so begienge er einen Akt unerlaubter Selbsthülfe. Sein Anspruch ist bloss auf eine Leistung des Gegners gerichtet und stellt sich keineswegs als die Geltendmachung einer Herrschaft über die Sache dar. Die bloss mittelbare Beziehung zu einer Sache vermag aber den persönlichen Charakter des Anspruchs nicht aufzuheben.²⁾

III. Unter den auf ein dare gehenden Ansprüchen ist eine der bekanntesten die gemeinrechtliche *actio empti*, womit der Käufer vom Verkäufer die Tradition resp. Mitwirkung zur notarialischen Fertigung des Kaufobjektes verlangt. Die bundesrechtliche Praxis hat die persönliche Natur der aus dem Kaufvertrage entspringenden Klagen von jeher anerkannt.³⁾ — Soweit freilich das massgebende Civilrecht das Eigenthum schon mit der Perfektion des Kaufvertrages und nicht erst mit der Tradition übergehen lässt, kommt dem Käufer

²⁾ Für die persönliche Natur des Rechts auf ein dare: Unger a. a. O. I 515, Ihering „Geist des Römischen Rechts“ III 178. Ebenso die Praxis der Bundesbehörden: U. 220 (1849), 223 E. 1 (1850), 706 (1852), 267 (1853), 225 (1854), B. 1854 III 58, U. 256, 732 (1860), 867 (1863), B. 1864 III 148 ff., 1867 I 606 ff., II 139, B. G. III 57 E. 2.

³⁾ U. 220, 854 (1849), 223 E. 1 (1850), 253 (1855), 254 (1860), 864 E. 3 (1862), 1254 (1863), B. 1864 I 364, B. G. III 57 E. 2; mit Bezug auf die *actio quanti minoris*: B. G. III 223 E. 1, 2 und hinsichtlich der *actio redhibitoria*: B. G. IV 120.

neben der Vertragsklage ein dinglicher Anspruch auf die Sache zu. Derselbe hat dann die Wahl, ob er die persönliche oder die dingliche Klage anbringen, als Gläubiger oder als Eigenthümer auftreten will, und insofern die Kompetenznormen dies zulassen, kann er auch beide Klagen kumuliren. Das französische Prozessrecht gewährt dem Berechtigten in solchen Fällen, insofern es sich um Immobilien handelt, die Befugniss, beide neben einander hergehenden Ansprüche am Wohnsitze des Beklagten oder am Ort der gelegenen Sache einzuklagen.⁴⁾ Das Nämliche geschieht bezüglich der Aufhebungs- und Anfechtungsklagen, welche als „actions mixtes“ bezeichnet werden.⁵⁾ — Im Bundesrechte darf dagegen weder einer derartigen Kumulation von Ansprüchen noch dem Umstande, dass eine Klage als eine gemischte (action mixte) qualifizirt wird, ein modifizirender Einfluss auf das Prinzip des Art. 59 eingeräumt werden; vielmehr ist in allen Fällen nur zu prüfen, ob ein persönlicher Anspruch erhoben werde oder nicht.⁶⁾ Wichtig ist für diese Frage der Akt der Eigenthumsübertragung, der bekanntlich nicht überall an die nämlichen Voraussetzungen geknüpft ist und nicht immer mit dem gleichen Zeitpunkte eintritt. Hat der Eigenthumsübergang nach dem massgebenden kantonalen Recht bereits stattgefunden, so kann der Käufer gegen den Verkäufer eine dingliche Klage auf Ueberlassung der Sache anheben.⁷⁾ Alle andern Klagen aus dem Kaufvertrage, mögen sie vom Käufer oder Verkäufer ausgehen, sind nach wie vor der Eigenthumsübertragung persönlicher Natur.⁸⁾ — Da das eidgenössische Obligationenrecht die Kaufverträge über Liegenschaften dem kantonalen Rechte anheimstellt (Art. 231), so bleibt dieses für die Bestimmung der einschlägigen Klagen auch fernerhin massgebend. Ganz anders verhält es sich bei beweglichen Sachen; hier hat das Obligationenrecht (Art. 199) das gemeinrechtliche Prinzip adoptirt, wornach zur Uebertragung des Eigenthums Besitzübergabe erforderlich ist. Damit ist die Geltendmachung eines dinglichen Anspruchs

⁴⁾ cf. Boitard, a. a. O., No. 136.

⁵⁾ Als solche gelten namentlich die actions en réméré (Code civil Art. 1659), en résolution de vente pour défaut de paiement du prix (Art. 1654), en rescision pour vileté du prix (Art. 1674). cf. Boitard No. 133—135, Dalloz, a. a. O., No. 5, 130, 132, 137, Merlin, Rép. I 188.

⁶⁾ U. 854 (1849), 253 (1855), 254 (1860), B. G. V 442.

⁷⁾ B. G. III 57 E. 2.

⁸⁾ Uebereinstimmend Roguin S. 131, 132, theilweise abweichend Carrard im Protokoll der 18. Jahresversammlung des schweiz. Juristenvereins, S. 28.

auf Grund des blossen Veräusserungsvertrages bei Mobilien überhaupt ausgeschlossen. Man kann desshalb in Anlehnung an die Terminologie des französischen Rechts sagen, dass in Zukunft für die Qualifikation der Mobiliarklagen das Bundesrecht, für diejenige der Immobiliarklagen auch fernerhin das kantonale Recht entscheidend sein wird.

IV. Im übrigen ist die französisch-rechtliche Eintheilung in Mobiliar- und Immobiliarklagen für die Frage der Anwendbarkeit des Art. 59 ohne jede Bedeutung, weil bei diesen Klagen das unterscheidende Kriterium ein ganz anderes ist, als bei den persönlichen Ansprachen; dasselbe liegt nämlich in der Verschiedenheit des Objektes der Ansprache als eines beweglichen oder unbeweglichen Gegenstandes, und es giebt daher sowol dingliche als persönliche Mobiliar- und Immobiliarklagen.⁹⁾ Nach dem Prinzip des Art. 59 unterliegen offenbar die persönlichen Immobiliarklagen so gut wie alle andern persönlichen Ansprachen der Garantie des Wohnsitzrichters. In dieser Hinsicht ist jedoch der im zweiten Satz der Verfassungsvorschrift statuirte Vorbehalt abweichender Staatsverträge von Bedeutung: Der Art. 4 des Staatsvertrages mit Frankreich, vom Jahr 1869, weist die *actions personnelles immobilières* an den Gerichtsstand der belegenen Sache.¹⁰⁾ Ja der citirte Artikel erklärt in analoger Weise gewisse persönliche Klagen als *am forum rei sitae* verfolgbar, bei welchen die Leistung des Verpflichteten nur in einer gewissen faktischen Beziehung zu einem Grundstücke steht, wie z. B. die Ansprache des Miethers oder Pächters aus dem Miethvertrage, und diejenige des Unternehmers für Verwendungen auf das Grundstück.¹¹⁾ — Dass im übrigen, soweit der Staatsvertrag mit Frankreich nicht Anwendung findet, Ansprachen wie die genannten von der Regel des Art. 59 betroffen werden, scheint klar und steht nach der bundesrechtlichen Praxis durchaus fest. So wurde entschieden, dass Klagen aus Werk- und Dienstverträgen ihre persönliche Natur desswegen nicht verlieren, weil die den Gegenstand des Vertrages

⁹⁾ cf. Boitard No. 127, Stabel, Institutionen des französischen Civilrechts, §§ 47, 49.

¹⁰⁾ Mit der Bezeichnung: „*action personnelle concernant la propriété ou la jouissance d'un immeuble*“. cf. Curti, a. a. O., S. 21, 72.

¹¹⁾ cf. das „Erläuternde Protokoll“ zum St. Vertr. und Curti a. a. O.

bildenden Arbeiten im konkreten Falle auf Grundstücke verwendet wurden.¹²⁾

V. Die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Verträgen müssen den bisher besprochenen (persönlichen) Ansprüchen gleichgestellt werden, obgleich dieselben sich den Präjudizialklagen nähern. Dass die letztern, die „*actiones praejudiciales*“, zu den unpersönlichen Klagen zu rechnen sind, steht fest.¹³⁾ cf. § 24 V. Die dem Obligationenrecht angehörigen Feststellungsklagen theilen nun insofern deren Charakter, als es sich bei ihnen zunächst nur darum handelt, das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses durch richterliches Urtheil festzustellen, ohne dass sich die Verurtheilung zu einer Leistung daran anknüpft. Dem gegenüber erscheint jedoch als ausschlaggebend, dass auch diese Klagen in ihrer Wirkung von vornherein bestimmte Personen treffen und dabei entschieden wird über die Existenz eines nur die Personen der Litiganten verknüpfenden obligatorischen Bandes („*obligatio*“). Gewiss wäre es auch ganz unnatürlich, die Klage auf Feststellung des Bestehens resp. Nichtbestehens eines Vertrages einem andern Richter zuzuweisen, als die Klage aus dem Vertrag (Kontraktsklage), und kann dies nicht im Sinn des Gesetzes liegen. — In einem Spezialfalle, in welchem es sich darum handelte, festzustellen, ob die im Kanton Luzern wohnhaften Rekurrenten Theilhaber einer im Kanton Aargau domizilirt gewesenen und daselbst in Konkurs gerathenen Handelsgesellschaft seien, wurde die Klage vom Bundesgericht als eine persönliche an die luzernischen Gerichte gewiesen.¹⁴⁾

Durch eine allgemeine Zulassung der Feststellungsklagen, wie die deutsche Civilprozessordnung sie kennt, würde das lästige und schleppende Provokationsverfahren entbehrlich. Letzteres spielt dermalen in den kantonalen schweizerischen Prozessordnungen, wie unten weiter zu berühren sein wird, noch eine ziemlich bedeutende Rolle. Die Provokationsklage ist übrigens keine persönliche Ansprache im Sinne des Art. 59, vielmehr eine lediglich prozessualische Handlung, sie enthält nicht die Geltendmachung des streitigen civilrechtlichen Anspruches, sondern erscheint als blosses Zwangsmittel

¹²⁾ U. 252 (1849), B. G. VI 367 E. b.

¹³⁾ cf. Windscheid, Pand. I § 45, Arndts, § 97.

¹⁴⁾ B. G. IV 26 E. 2, 3.

zur Erwirkung der Anhängigmachung der Hauptklage beim zuständigen Gericht. (Das Nähere hierüber in § 36.)

Als ein bloss prozessualisches Gebilde ohne unmittelbare materiell-rechtliche Grundlage erscheint auf den ersten Blick auch das aargauische Manifestationsverfahren. Bei näherer Prüfung zeigt sich jedoch, dass wir es hier mit einer förmlichen Klage zu thun haben, welche zur Anerkennung oder Verwerfung der Manifestationspflicht führt. Die Manifestationspflichtigen sind nicht Zeugen, sondern eigentliche Beklagte, gegen welche das Gesetz einen Anspruch auf Angabe der Vermögensverhältnisse Dritter, bezw. auf Leistung des Manifestationseides einräumt. Das Bundesgericht hat entschieden, dass die aargauischen Gerichte nicht befugt seien, einen ausserhalb des Kantons Wohnenden zum Manifestationseid zu verpflichten.¹⁵⁾

VI. Die zweite grosse Hauptgruppe der Forderungsrechte bilden die aus unerlaubten Handlungen entspringenden Obligationen. Wie die Forderungsansprüche aus Verträgen hie und da ans Gebiet des dinglichen Rechts streifen, berühren diese sich häufig mit Klagen öffentlich-rechtlicher Natur und machen eine Abgrenzung nach dieser Seite hin nothwendig. Indess vollzieht sich die Ausscheidung hier leichter. Wird auf Grund eines Vergehens die Strafverfolgung des Delinquenten verlangt, so ist eine Strafklage vorhanden, mithin ein Begehren, das als ein nicht privatrechtliches überhaupt ausserhalb des Geltungsbereiches des Art. 59 liegt. cf. § 20 I. Geht aber die auf dem Delikt beruhende Klage auf Geltendmachung einer Verpflichtung zum Schadensersatz, so charakterisirt sie sich als eine privatrechtliche *actio ex delicto*, über deren persönliche Natur kein Zweifel obwalten kann. cf. § 31 III. — Gemischte Klagen, „*actiones mixtae*“, im Sinne des römischen Rechts, welche theils auf Schadensersatz, theils auf Strafzahlung (Privatstrafe) giengen, giebt es nach der heutigen Auffassung nicht mehr. Ein und derselbe Anspruch kann also nicht den strafrechtlichen und privatrechtlichen Charakter in sich vereinigen; wol ist es dagegen möglich, dass die nämliche Handlung von verschiedenen Gesetzgebungen in verschiedener Weise, hier als Strafthat, dort bloss als Entstehungsgrund einer civilrechtlichen Obligation qualifizirt wird, oder dass das Delikt neben der öffentlichen Strafe eine privatrechtliche Entschädigungspflicht zur Folge hat. cf. § 31 II. — Sodann tritt eine äussere

¹⁵⁾ cf. B. G. V 156 ff., insbes. E. 4.

Verknüpfung, aber keineswegs Vermengung des strafrechtlichen und civilrechtlichen Elements insofern ein, als dem Damnifikaten regelmässig gestattet ist, gleichzeitig mit dem Antrag auf Bestrafung die Entschädigungsforderung anzubringen. Alle diese Punkte werden indessen bei der Besprechung des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlung (§ 31 I, II) und desjenigen der Adhäsion (§ 32 III) eingehender zu behandeln sein.

VII. An die obligatorischen Ansprachen aus Verträgen und diejenigen aus Delikten reihen sich die Klagen aus Quasi-Verträgen und Quasi-Delikten. Die neuere Doktrin hält aber die Eintheilung der Entstehungsgründe der Obligationen in die genannten Gruppen bekanntlich nicht mehr für erschöpfend und lässt Obligationen namentlich auch unmittelbar aus positiver Gesetzesvorschrift entstehen. — Hieher gehören die Klagen auf Rückerstattung grundlosen Gewinnes, die Klage auf Vorweisung einer Sache (*actio ad exhibendum*), die auf den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen beruhenden Ansprüche und die auf ein verwandtschaftliches Verhältniss gegründeten Alimentationsbegehren; von den beiden letztgenannten Gruppen wird unten des nähern zu handeln sein. cf. § 23 VI u. § 24 V. Als Schadensersatzansprachen qualifiziren sich die Forderungen auf Bezahlung von Gerichtskosten und von Prozessentschädigung; die persönliche Natur dieser Ansprachen steht nach der bundesrechtlichen Praxis durchaus fest.¹⁶⁾ cf. § 40.

VIII. Die obligatorischen Ansprachen gehen regelmässig auf Geldleistungen oder lösen sich doch in ein pekuniäres Interesse auf. Die Frage, ob auch Ansprachen ohne vermögensrechtliches Interesse hieher gehören, fällt mit der theoretischen Kontroverse zusammen, ob die Obligation ein solches Interesse überhaupt voraussetze oder nicht. Die Entscheidung hierüber hängt nicht von einer Interpretation des Art. 59 ab, sondern vom einschlägigen kantonalen Recht, in Zukunft von der an das eidgenössische Obligationenrecht sich anschliessenden Praxis. Das Bundesgericht müsste also in einem solchen Falle den Beklagten immerhin bei seinem verfassungsmässigen Gerichtsstand schützen und es dem kantonalen Richter überlassen, ob derselbe die Klage trotz des Mangels eines vermögensrechtlichen Interesses gutheissen werde. Allerdings finden wir in

¹⁶⁾ U. 775 (1861), B. 1866 I 449, 1869 I 976, 977, 1873 II 1004, B. G. III, 232, VI 530, f. U. 242 (1856).

bundesgerichtlichen Entscheidungen die Erklärung, der Art. 59 habe lediglich vermögensrechtliche Ansprachen im Auge, hiemit wollte aber offenbar nur deren Gegensatz zu den familienrechtlichen und Statusklagen betont werden.¹⁷⁾ cf. S. 92.

IX. Eine besondere Erörterung verdienen die Steuerforderungen. Dieselben werden in der bundesrechtlichen Praxis, soweit es sich nicht um Grundsteuern handelt (cf. hierüber § 23), als persönliche Ansprachen betrachtet; bei Richtigkeit dieser Auffassung müssten sie offenbar als *obligationes ex lege* qualifiziert werden.¹⁸⁾

Werfen wir einen Blick auf die Art und Weise, wie diese Praxis sich entwickelt hat. — Die Frage nach der rechtlichen Natur der Steuerforderungen tauchte zunächst mit Bezug auf die Erhebung von Armensteuern auf und wurde deshalb vorzugsweise vom Gesichtspunkt sei es des heimatlichen sei es des territorialen Systems aus beleuchtet. In den Jahren 1851 bis 1853 erklärte der Bundesrath in mehreren Entscheiden¹⁹⁾ die Steuerforderungen als persönliche Ansprachen, indem Art. 50 alle persönlichen Forderungen umfasse, gleichviel ob dieselben in einem Gesetz oder einem andern Rechtsgrunde ihre Entstehung finden. Gleichzeitig argumentirte derselbe folgendermassen: Das Bundesrecht überlasse das Hoheitsrecht der Besteuerung den Kantonen und stelle denselben damit frei, auch ausserhalb des Kantons wohnende Bürger zu gewissen Steuern heranzuziehen. Die Frage, ob ein Kanton berechtigt sei, seine auswärtigen Bürger zu besteuern, könne deshalb nicht vom Entscheid der Gerichte anderer Kantone abhängig gemacht werden, indem es sich hier nicht um einen gewöhnlichen Civilprozess, sondern um die Existenz und den Umfang eines kantonalen Hoheitsrechts handle. Auswärtige Bürger seien somit hinsichtlich der Besteuerung den Gesetzen und den Gerichten ihres Heimatkantons unterworfen. Gestützt auf diese an einem inneren Widerspruch leidende Motivirung wurden die Heimatgemeinden zur Anhebung des Rechtstriebes gegen die Steuerpflichtigen an den Wohnsitz derselben verwiesen, letzteren aber freigestellt, nach geleisteter Zahlung die Streitfrage

¹⁷⁾ cf. z. B. B. G. V 446 E. 2.

¹⁸⁾ Unzweifelhaft persönlicher Natur ist die Rückforderung bereits bezahlter Steuern; dieselbe hat offenbar privatrechtlichen Charakter und qualifizirt sich als *condictio sine causa*. B. G. I 27 E. 3, 48 E. 3.

¹⁹⁾ U. 126 (1850, 1852, 1853).

den Heimatbehörden vorzulegen. Das Arrestverbot des Art. 50 (59) wurde ebenfalls auf die Steuern bezogen.

In Folge eines spätern, an die Bundesversammlung gezogenen Spezialfalles erlitt diese Praxis eine wesentliche Aenderung.²⁰⁾ Es handelte sich darum, ob der Kanton St. Gallen gehalten sei, Armensteuerforderungen des Kantons Thurgau gegen in St. Gallen niedergelassene Thurgauer gleich rechtskräftigen Civilurtheilen zur Vollstreckung zu bringen. Der Bundesrath sprach sich für die Vollstreckbarkeit aus. Der Gedankengang der merkwürdigen, Richtiges mit Irrthümlichem vermischenden Motivirung war ungefähr folgender: Die Steuergesetzgebung sei Sache der Kantone, soweit nicht Bundesvorschriften entgegenstehen; insbesondere sei es erlaubt, ja gerechtfertigt, auswärtige Bürger für bleibende Zwecke und Anstalten und speziell für das Armenwesen in Mitleidenschaft zu ziehen. Art. 50 stehe dem nicht entgegen, da er nur rein civilrechtliche Fragen und Verhältnisse, keineswegs aber solche des öffentlichen Rechts im Auge habe. Der Entscheid über die rein staatsrechtliche Frage, ob der Kanton Thurgau befugt sei, seine abwesenden Bürger mit einer Steuer zu belegen, könne nicht Sache des st. gallischen Richters sein. Nach zwei Richtungen bleibe aber der Art. 50 wirksam. Einmal müssen die Steuerpflichtigen an ihrem Wohnort belangt werden, und sodann können Einreden civilrechtlicher Natur (wie z. B. der Zahlung, Kompensation, Verjährung), nicht aber solche, die sich auf die grundsätzliche Berechtigung und den Steueransatz (Verleger) beziehen, beim Wohnsitzrichter angebracht werden. Nach diesen Grundsätzen konstruirte der Bundesrath folgendes Verfahren: Wenn der für Steuern mit dem Rechtstrieb Belangte die Steuerpflicht an sich oder hinsichtlich der auferlegten Quote bestreiten wolle, so habe derselbe hierüber bei der kompetenten Oberbehörde des Heimatkantons eine Bescheinigung einzuholen und dieselbe zur Erwirkung der Suspension des Rechtstriebes der Behörde seines Wohnortes vorzuweisen; wolle er dagegen die Steuerpflicht sowie das Quantitativ anerkennen und lediglich anderweitige Einwendungen geltend machen, so trete sofort das im Niederlassungskanton vorgeschriebene Gerichtsverfahren ein. — Dieser Entscheid war offenbar haltlos. Von der Souveränität der Kantone in Steuersachen ausgehend gelangte der Bundesrath zu dem unerwarteten Schlusse,

²⁰⁾ 128 (1852) in S. Thurgau c. St. Gallen.

dass der Wohnsitzkanton die Steuerdekrete des Heimatkantons vollstrecken müsse; derselbe legte den Steuerforderungen den Charakter persönlicher Ansprachen bei und gab hinwiederum dem Wohnsitzrichter nicht die volle Kompetenz zur Beurtheilung derselben! — Unterm 16./20. Juli 1855 hob die Bundesversammlung den bundesrätlichen Beschluss auf²¹⁾ und erklärte: „Es sei die Beschwerde des Kantons St. Gallen begründet, und es könne demnach der genannte Kanton nicht angehalten werden, Steuerforderungen anderer Kantone an Niedergelassene desselben auf dem Exekutionswege einzutreiben, oder Entscheidungen ausserkantonalen Behörden darüber anzuerkennen oder zu vollstrecken.“ — Diese mit Motiven nicht versehene Entscheidung der Bundesversammlung wurde vom Bundesrath, im Anschluss an einen einzelnen Passus der von der ständerätlichen Kommission angeführten Gründe, in erweiterndem Sinne interpretirt und bildet den Ausgangspunkt der heutigen Praxis. Der Bundesrath sprach sich nämlich in der Folge in gleichlautender Weise stets dahin aus, durch diesen Entscheid seien die persönlichen Steuerforderungen mit Bezug auf den Gerichtsstand den andern persönlichen Ansprachen gleichgestellt worden.²²⁾ — Wir halten diese Folgerung für unrichtig. Wie oben angezeigt wurde, hatte der Bundesrath in dem thurgauisch-st. gallischen Konflikte, in der Absicht, das heimatliche System zu stützen, die Steuerdekrete des Heimatkantons im Niederlassungskanton als vollstreckbar erklärt; die Bundesversammlung dagegen negirte eine solche Verpflichtung. Hiebei sprach dieselbe jedoch keineswegs den weitem Satz aus, dass Steuerforderungen nur am Wohnsitz eingetrieben werden dürfen, und überhaupt als persönliche Ansprachen zu betrachten seien. Wenn man, wie seitens der Bundesversammlung geschehen, von der Souveränität der Kantone in Steuersachen ausgeht, gelangt man allerdings mit Nothwendigkeit zu dem Schlusse, dass für den Niederlassungskanton kein Zwang zur Vollziehung fremder Steuerdekrete besteht, und der reklamirende Staat resp. die reklamirende Gemeinde sich eben fügen müssen, die Steuerforderung beim Wohnsitzrichter einzuklagen und sich dessen Entscheid zu unterziehen. Findet dieser Richter, er habe überhaupt nicht die Pflicht, zu deren

²¹⁾ U. 128, B. 1855 II 404 ff., 513 ff., O. S. V. 39.

²²⁾ U. 129 (1856), 260 (1859), 306 (1860), B. 1866 I 151, 1875 II 592. Das Bundesgericht hat diese Praxis einfach recipirt. B. G. I 29 E. 1, 154 E. 1, IV 345 E. 2, VI 184 E. 1.

Eintreibung Hand zu bieten, so wird die Vollziehung im Wohnsitzkanton eben unmöglich. Der Bundesrath hat es selbst wiederholt als eine Konsequenz des fraglichen Beschlusses anerkannt, dass der Niederlassungskanton dabei auf die Gesetzgebung des Heimatkantons keinerlei Rücksicht zu nehmen brauche.²³⁾ — Nun bewirkt aber das nämliche Prinzip der Souveränität auf der andern Seite, dass dem die Steuer reklamirenden Kanton die Befugniss zukommt, sein Steuerrecht innerhalb seiner Machtsphäre zur Geltung zu bringen, also z. B. auf im Kantone liegende Vermögensstücke des Steuerpflichtigen zu greifen. So lange die Souveränität der Kantone im Steuerwesen unbeschränkt besteht, müssen deren Wirkungen auch nach allen Richtungen hin anerkannt werden; es sei denn, dass im konkreten Falle das Verbot der Doppelbesteuerung modifizierend eingreife. Die Steuerforderungen werden demnach vom Arrestverbot des Art. 59 nicht betroffen, und schon dies sollte zeigen, dass dieselben keine persönlichen Ansprachen im Sinne der B. Verf. sind!

Indem sich die Praxis indess auf Grund einer ungenauen Interpretation des Bundesbeschlusses vom Jahre 1855 in einseitiger Weise entwickelte, kam es niemals zu einer eingehenden Erörterung der rechtlichen Natur der Steuerforderungen. — In dieser Hinsicht ist nun allerdings zuzugeben, dass Steueransprachen mit Bezug auf Richtung, Inhalt und Gegenstand den persönlichen Forderungen gleichstehen. Jedoch ist zu beachten, dass der Art. 59, wie allgemein anerkannt wird, sich überhaupt nur auf civilrechtliche Begehren bezieht; als solche aber dürfen die Steuerforderungen entschieden nicht qualifizirt werden. Die Grundlage derselben ist nicht das Privatrecht, sondern das Staatsrecht. Der Staat klagt hier nicht, wie etwa aus einem Kauf- oder Werkvertrage, als Privatrechtssubjekt, sondern in seiner Eigenschaft als Staat, und die Ver-

²³⁾ U. 129 (1856), 132 (1858) in S. Zürich c. Schaffhausen. Die zürch. Gemeinde Flaach hatte in Schaffhausen niedergelassene Bürger für Armensteuern belangt und vom dortigen Obergericht, nachdem die Betriebenen Rechtsvorschlag eingelegt hatten, Rechtsöffnung erhalten. Vor der Vollziehung erliess der Grosse Rath von Schaffhausen folgendes Dekret: „Es werden Steuerauflagen jeder Art, welche an in hiesigem Kanton niedergelassene Schweizerbürger während der Dauer der Niederlassung durch die Heimatbehörden erlassen werden, zur Vollziehung im hierseitigen Kanton nicht zugelassen.“ Die seitens der Zürcher Regierung hiegegen eingeleitete Beschwerde wurde vom Bundesrath verworfen und dieser Entscheid von der Bundesversammlung unterm 16./20. Juli 1859 bestätigt.

pflichtung Steuern zu bezahlen, erscheint dem entsprechend nicht als eine civilrechtliche, sondern als eine öffentlich-rechtliche. Der Staat ist hier nicht „Gläubiger“ und der Steuerpflichtige nicht „Schuldner“. — Noch deutlicher dürfte der öffentlich-rechtliche Charakter der Steuerforderungen aus Folgendem hervorgehen. Niemand bezweifelt, dass die Militärpflicht öffentlich-rechtlicher Natur ist, d. h. nicht auf einem obligatorischen Anspruch des Staates gegenüber dem Dienstpflichtigen beruht. Nun besitzen wir eine Militärflichtersatzsteuer, welche nach ihrer Bezeichnung und ganzen Anlage, sowie nach dem in Art. 1 des betr. Bundesgesetzes klar ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers ein Aequivalent für den Militärdienst zu bilden hat.²⁴⁾ Sollte diesem Aequivalent nun etwa eine andere rechtliche Natur zukommen, als der Leistung, an deren Stelle dasselbe tritt? Wir glauben dies nicht; der Umstand, dass eine Geldleistung diejenige des Dienstes ersetzt, ändert an dem öffentlich-rechtlichen Charakter des ganzen Verhältnisses nichts. Es wäre gewiss verkehrt, überall da eine persönliche Ansprache anzunehmen, wo es sich um Bezahlung einer Geldsumme handelt; Geldbussen fallen z. B. anerkanntermassen nicht unter den Art. 59. cf. § 40. Der hier vertretenen Anschauung kann nicht etwa entgegengehalten werden, das Klagebegehren als solches sei allein entscheidend und dieses gehe auf eine persönliche Leistung; dasselbe würde auch für die persönliche Militärdienstleistung zutreffen, welche niemand als eine privatrechtliche Pflicht betrachtet. Soviel ist freilich zuzugeben, dass das Recht als Klagefundament für die Charakterisirung der Ansprache nicht wesentlich ist; allein dabei muss doch vorausgesetzt werden, dass es sich überhaupt um ein Privatrechtsverhältniss handle; denn nur auf solche findet der Art. 59 Anwendung. Die Steuererhebung erscheint aber als ein der Steuerhoheit des Staats entspringender Akt, in den meisten Ländern ist deshalb bei Feststellung der Steuern der Rechtsweg ausgeschlossen. Eine Trennung, wonach zwar die Grundsätze über Veranlagung und Erhebung der Steuern dem öffentlichen Rechte angehören würden, die nach Massgabe des Steuergesetzes auf den einzelnen Bürger entfallenden Beiträge dagegen wolerworbene Rechte des Fiskus wären, leidet an einem inneren Widerspruch und stösst in der praktischen Durchführung auf manigfache Schwierigkeiten.

²⁴⁾ A. S. N. F. III 565 ff.

Die hier vertretene Auffassung ist nicht die herrschende²⁵⁾, sie steht aber auch nicht ganz vereinzelt da.²⁶⁾ Dieselbe gilt sodann namentlich im internationalen Recht und was besonders hervorzuheben ist, mit Bezug auf den Staatsvertrag mit Frankreich vom Jahr 1869, trotzdem Art. 1 desselben im allgemeinen mit dem Art. 59 übereinstimmt.²⁷⁾ Einen positiv-rechtlichen Grund, welcher dieselbe für das interkantonale Verhältniss als unrichtig erscheinen liesse, können wir nicht finden.

§ 23. Sachenrecht.

I. Die aus dem Sachenrecht entspringenden Ansprachen zeigen am prägnantesten den Typus der unpersönlichen Klagen. Der begriffliche Gegensatz zu den obligatorischen Ansprüchen tritt hier in schärfster Weise hervor, und da die dinglichen Klagen im engern Sinn überdies auch den grössten Theil der unpersönlichen Ansprachen ausmachen, wird man leicht verleitet, dieselben geradezu mit diesen zu identifizieren.

Bei den dinglichen Ansprachen i. e. S. tritt überall ein unpersönliches Stück der Aussenwelt in den Vordergrund. Gegenstand des dinglichen Rechts ist eine Sache, als Inhalt erscheint die Herrschaft über die Sache, und die dingliche Klage geht auf Geltendmachung dieser Herrschaft. Dagegen bleibt das persönliche Element von untergeordneter Bedeutung, ein bestimmter Gegner entsteht erst mit der Verletzung des Herrschaftsverhältnisses, und die Durchführung der Ansprache gegen den Einzelnen erschöpft das materielle Recht nicht.

II. Das umfassendste dingliche Recht ist das Eigenthum. Im Falle der totalen Verletzung desselben steht dem Berechtigten die Eigenthumsklage (*rei vindicatio*) zu. Diese Klage, welche auf Wiedererlangung der Herrschaft über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen gerichtet ist, kennzeichnet sich auf den ersten Blick als eine unpersönliche; sie fällt also nicht in die Sphäre des Art. 59.¹⁾

²⁵⁾ cf. oben S. 108, Blumer S. 421, Kaiser S. 181 ff., Roguin S. 111.

²⁶⁾ cf. Rüttimann, Zeitschrift für schweiz. Recht, Band XVI 19, Curti a. a. O. S. 32, cf. Carrard a. a. O. S. 25.

²⁷⁾ cf. Curti a. a. O.

¹⁾ U. 271 (1855), 873 (1863), B. 1865 III 737, 1869 I 980, Geschäftsbericht 1873 S. 371, B. 1875 II 595, B. G. IV 18 E. 3.

Dabei kommt nichts darauf an, ob das Objekt der Klage eine bewegliche oder unbewegliche Sache sei.²⁾ Es muss zwar zugegeben werden, dass dingliche Rechtsverhältnisse an beweglichen Sachen für die Behandlung vor dem Wohnsitzrichter des Beklagten weniger geeignet sind, als solche an Immobilien, wie denn auch sowol das französische als das deutsche Prozessrecht den Gerichtsstand der belegenen Sache auf Klagen beschränkt, mit welchen dingliche Rechte an Immobilien geltend gemacht werden.³⁾ Der Art. 59 gestattet indess eine solche Unterscheidung nicht, da der Vindikationsklage gleichmässig persönlicher Charakter zukommt, ob ihr Gegenstand eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache sei.

III. Mit der Eigenthumsklage, wie auch andern dinglichen Klagen werden häufig obligatorische Zusätze verbunden. Wenn die Störung des dinglichen Rechts darin besteht, dass der Gegner in die fremde Sache eingreift, dieselbe dem Berechtigten entzieht, sie beschädigt oder konsumirt, so erwachsen dem Kläger ausser dem Anspruch auf Anerkennung des Rechts noch weitere dingliche Ansprüche, welche weil gleichfalls auf dem dinglichen Rechte beruhend, zugleich mit der dinglichen Klage geltend gemacht werden können. Diese Zusätze sind theils solche aus der rechtswidrigen Innehabung der Sache, theils solche aus der rechtswidrigen Handlungsweise des Beklagten. In ersterer Hinsicht geht die Klage auf Restitution der Sache und Wiederherstellung des früheren Zustandes, in letzterer Beziehung ist zu erwähnen der Anspruch auf Vergütung der bezogenen Früchte und auf Schadensersatz wegen Verschlechterung oder Vernichtung der Sache. Sowol das „restituere“ als insbesondere das Zahlen einer Geldsumme zum Schadensersatz bilden nun ein Thun des Beklagten und repräsentiren demnach, an und für sich betrachtet, den Inhalt eines obligatorischen Anspruchs. Diese

²⁾ Hinsichtlich der Vindikation beweglicher Sachen: U. 910 (1856), 874 (1861), 872 (1862), 873, 918 (1863), B. 1866 III 108 ff., 1867 I 146, 613, 1868 II 443, III 158, 1869 I 977 ff., 1871 II 375 ff., III 387, Geschäftsbericht 1873 S. 370. Die bundesrätliche Praxis erhielt anlässlich des Rekursfalles Piquet die Genehmigung der Bundesversammlung, B. 1867 II 139, 1868 III 155 ff. 160, B. G. I 245, IV 18, VI 91 E. 3. cf. oben S. 102. — Wenn bei der Vindikation der Sache im Laufe des Prozesses an deren Stelle der Versilberungserlös tritt, so ändert dies an der Natur der Klage nichts. U. 270 (1860), B. 1865 III 737. Letzterer Entscheid ist von der Bundesversammlung bestätigt worden. B. 1865 IV 58, 1866 I 464, cf. B. 1874 II 522.

³⁾ Boitard a. a. O. Nr. 130, 131. Deutsche Civ. Proc. O. § 25.

mit der dinglichen Klage verbundenen Zusätze sind oft sogar das praktisch Wichtigere.⁴⁾ Trotzdem bleibt auch hier der Grundcharakter der dinglichen Klage bestehen. Das wahre Ziel derselben ist doch stets die Verwirklichung des Herrschaftsverhältnisses zur Sache. Wenn nun hiezu die Wiederherstellung des vorigen Zustandes nöthig wäre, diese aber thatsächlich ganz oder theilweise verunmöglicht ist, so tritt an deren Stelle, als Surrogat, eine persönliche Leistung. Das Begehren auf Verurtheilung des Gegners in ein Thun ist also bloss ein eventuelles, für den Fall der Unmöglichkeit einer Restitution gestelltes. Die persönlichen Ansprüche, welche zugleich mit der dinglichen Klage geltend gemacht werden, tragen ihren Rechtsgrund nicht in sich selbst, sie sind vielmehr durch das dingliche Recht erzeugt und blosser Ausfluss desselben. Der Beklagte haftet nicht aus einem selbständigen Rechtsgrunde von vornherein, sondern bloss in seiner Eigenschaft als Störer des dinglichen Rechts. Das Verhältniss zwischen dem Kläger und dem Beklagten ist also mit Bezug auf die persönlichen Zusätze zur dinglichen Klage kein persönliches, sondern lediglich ein obligationenähnliches.⁵⁾ Die Bundesbehörden haben stets anerkannt, dass die unpersönliche Natur der dinglichen Ansprache durch persönliche Zusätze nicht alterirt werde.⁶⁾

IV. Die dem Eigenthümer bei einer partiellen Verletzung seines Rechts zustehende Eigenthumsfreiheitsklage (*actio negatoria*) theilt offenbar den unpersönlichen Charakter der *rei vindicatio*. — Das Bundesgericht hat gefunden, die Klage auf Herausgabe eines Hypothekenbriefes (speziell eines im Kanton Thurgau zur Sicherung eines Nutzniessungskapitals errichteten sog. „Ueberbesserungsbriefes“) zum Zwecke der Kassation desselben bezw. der Löschung des Pfandrechts könne als *actio negatoria* betrachtet werden, wenigstens da, wo die Hypothek mit dem Dahinfallen ihres Entstehungsgrundes

⁴⁾ Ja es gibt Fälle, wo aus der an sich dinglichen Klage jedes sachliche Petitum verschwunden ist, so z. B. wenn die Restitution der Sache wegen Untergangs derselben unmöglich geworden ist und bei der *actio in factum* gegen denjenigen „qui dolo malo possidere desiit“.

⁵⁾ cf. Windscheid Pand. § 43, *Actio* S. 14 Note 8, S. 19, Savigny a. a. O. V 16, Kierulff a. a. O. S. 162 Note *, Wächter Handbuch II 298, Erörterungen III 8 Note 10, Unger a. a. O. I 522, II 358.

⁶⁾ U. 872 (1862), B. 1868 III 158, 1871 II 376, Geschäftsbericht 1873 S. 370, cf. B. G. I 172.

untergehe.⁷⁾ In der That stellt sich in solchen Fällen die Weigerung des Inhabers, den Titel herauszugeben, als ein Widerspruch gegen das volle Eigenthumsrecht dar, wogegen die *actio negatoria* Schutz bieten muss. Im weitem ist vom Bundesgericht erklärt worden, dass die Entscheidung der Frage, ob mit Bezug auf ein gewisses Grundstück eine „*clause domaniale*“ bestehe, nicht dem Wohnsitzrichter zukomme.⁸⁾

V. Neben dem Eigenthum, als der Befugniss zur prinzipiell totalen Verfügungsgewalt über die Sache, giebt es eine Reihe dinglicher Rechte, die eine partielle Unterwerfung der Sache unter den Willen des Berechtigten enthalten, und dieselbe nur in einzelnen Richtungen ergreifen, während das Recht über die Gesamtheit ihrer Beziehungen dem Eigenthümer verbleibt. Es sind dies die dinglichen Rechte an fremder Sache (*jura in re aliena*).

Die bedeutendste Kategorie der hieher gehörigen Rechte bilden die Servituten. Die zu deren Schutz dienende Klage (*actio confessoria*) trägt die Merkmale der Unpersönlichkeit in ausgeprägtester Weise. Sie richtet sich unmittelbar auf die Geltendmachung einer, freilich beschränkten, Herrschaft über die Sache und berührt den Willen der dem Kläger gegenüber stehenden Personen nur indirekt. Ferner geht dieselbe nicht auf eine vom Gegner zu machende Leistung. Dienstbarkeiten, welche den Eigenthümer der dienenden Sache zu einem Thun verpflichten und dem Servitutberechtigten die Befugniss zu einem Fordern geben würden, erscheinen als begrifflich unmöglich.⁹⁾ Es darf daher, ohne dass ein näheres Eintreten auf die manigfaltigen Gestaltungen der Dienstbarkeiten erforderlich wäre, ganz allgemein gesagt werden, dass der Art. 59 unanwendbar ist, so oft eine Klage auf Geltendmachung einer Servitut vorliegt.¹⁰⁾ Ebenso verhält es sich, wie oben ausgeführt wurde, mit dem Gegenbild der *actio confessoria*, der Negatorienklage, welche insbesondere zur Vertheidigung gegen die Anmassung einer Servitut dient.

⁷⁾ B. G. III 456 E. 3.

⁸⁾ B. G. IV 120 E. 3.

⁹⁾ Auch bei der *servitus oneris ferendi* geht der Anspruch primär nicht auf ein Thun des Nachbars, sondern auf ein Dulden, und nur sekundär auf eine Leistung, welche aber nach unserer Ansicht wieder nicht persönlicher Natur, sondern lediglich ein Ausfluss des Klägerischen Gewaltsverhältnisses zur Sache ist.

¹⁰⁾ U. 871 (1851), 225 (1854), B. 1867 I 613, 614. Geschäftsbericht 1873 S. 370, 371.

VI. In einer gewissen wirthschaftlichen Verwandtschaft zu den Servituten, insbesondere den Prädialservituten, stehen die der juristischen Konstruktion nach von diesen freilich verschiedenen im öffentlichen oder im Interesse des Nachbarverhältnisses aufgestellten gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen. Soweit diesen letztern überhaupt Privatberechtigungen entsprechen, können dieselben dinglicher oder persönlicher Natur sein. Als solche obligatorischen Charakters gelten nach der herrschenden Meinung¹¹⁾ der Anspruch auf Einräumung eines Nothweges, das *interdictum de glande legenda*, *de arboribus caedendis*, die *actio aquae pluviae arcendae* und die verschiedenen diesen gleichstehenden privatrechtlichen Begehren. Es erscheint indessen mindestens als zweifelhaft, ob diese Ansprüche als persönliche im Sinne des Art. 59 zu betrachten seien. Soweit es sich um Eigenthumsbeschränkungen handelt, die im Interesse des nachbarlichen Grundbesitzes eingeführt sind, ist hiedurch der rücksichtslosen Durchführung des Eigenthumsbegriffes eine Schranke gesetzt, welcher auf der andern Seite eine naturgemässe Erweiterung der Eigenthumsbefugnisse entspricht. Die aus dem Nachbarverhältniss hervorgehenden Ansprüche erscheinen demnach, auch wo in sekundärer Weise ein Thun in Frage kommt, gewissermassen als nach aussen wirkende Attribute der dinglichen Herrschaft über ein Grundstück. Ihr Zweck ist überall die Ermöglichung der angemessenen Benutzung und Bewirthschaftung von Liegenschaften; auch gehen dieselben nicht von Anfang an gegen eine individuell bestimmte Person und ebenso wenig wird das Recht durch dessen einmalige Ausübung erschöpft. Gewiss wäre die Annahme unnatürlich und nicht im Sinne des Art. 59, dass der Nachbar derartige Ansprüche gegen seinen auswärts wohnenden Anstösser vor dessen Wohnsitzrichter zu bringen habe.

VII. Während die Servituten für den Eigenthümer der dienenden Sache überall nur ein Dulden oder Nichtthun zur Folge haben, giebt es andere mit Grundstücken dauernd verbundene Lasten, aus welchen für den jeweiligen Besitzer die Pflicht zu gewissen periodisch wiederkehrenden Leistungen fliesst, es sind dies die deutschrechtlichen Reallasten. Ueber die juristische Konstruktion derselben herrscht bekanntlich endloser Streit. Für die Frage, ob den aus den Reallasten hervorgehenden Ansprüchen persönliche oder ding-

¹¹⁾ cf. Windscheid, Pand. § 169, Arndts § 347.

liche Natur zukomme, wird man zu unterscheiden haben zwischen der Klage auf die Reallast als Ganzes und derjenigen auf die einzelne fällige Leistung. Was zunächst die letztere Ansprache anbelangt, so spricht für die persönliche Natur derselben, dass sie auf Handlungen des verpflichteten Grundbesitzers gerichtet ist und nicht eine unmittelbare Einwirkung auf die Sache gewährt. Anderseits ist freilich das verpflichtete Subjekt nicht von vornherein individuell bestimmt; allein es ist doch, wie bei den *actiones in rem scriptae*, wenigstens der Personenkreis, in welchem sich der Gegner befindet, schon von Anfang an umschrieben, indem die Klage nur gegen den jeweiligen Besitzer des mit der Reallast behafteten Grundstückes geht. Man darf daher die Klage auf die einzelne fällige Leistung wol unbedenklich als eine persönliche Ansprache im Sinne des Art. 59 bezeichnen. — Anders verhält es sich dagegen bei der Klage auf Anerkennung des Rechts selbst, diese erscheint ihrem ganzen Wesen nach als ein Herrschaftsverhältniss zum belasteten Grundstück und somit unpersönlicher Natur. — Die Bundesbehörden waren wiederholt in der Lage, sich über die rechtliche Natur der Reallasten auszusprechen. Bemerkenswerth sind namentlich zwei Entscheide des Bundesrathes aus dem Jahr 1854 in Sachen der solothurnischen Gemeinden Erlinsbach, Aetigen-Mühledorf und Lüsslingen gegen den Fiskus des Kantons Bern resp. Aargau als Beklagten, worin gesagt wurde, die Klage gegen den Zehntherrn auf Anerkennung einer Kirchenbauverpflichtung qualifizire sich als dingliche Ansprache. Mit Schlussnahme vom 9. Februar 1854 trat die Bundesversammlung dieser Auffassung bei.¹²⁾ Schon früher hatte der Bundesrath anlässlich eines Rechtsstreites der st. gallischen Gemeinde Uznach gegen die Allmendkorporation Schwyz, als Besitzerin des Schlosses Grynau, über die Unterhaltungspflicht der Strasse und Brücke daselbst, wenigstens in den Motiven die gleiche Anschauung ausgesprochen.¹³⁾ — Aus einer nunmehr untergegangenen Form der Reallast, dem Rentenkauf, hat sich späterhin eine Gült neuerer Art entwickelt, welche sich mehr dem grundversicherten Darlehen nähert, und wobei die Urkunde als Beweismittel eine wesentliche Bedeutung erhielt. In dieser Form ist das Gültinstitut in einzelnen Kantonen bis auf den heutigen Tag in Geltung

¹²⁾ U. 45 u. 269.

¹³⁾ U. 871 (1851), cf. B. 1866 I 456.

geblieben.¹⁴⁾ Gemäss obigen Ausführungen kommt auch der Gültenzinsansprache unseres Erachtens persönliche Ansprache zu. — Da indess diese Ansprache in der Regel mit einem gesetzlichen Pfandrecht — in den Urkantonen und in Appenzell nimmt dasselbe die eigenthümliche Form eines „Blumenpfandes“ an — ausgerüstet ist, so wird deren prozessualische Verfolgbarkeit nach Massgabe des unten beim Pfandrecht Gesagten modifizirt.¹⁵⁾ cf. S. 120 ff. Wenn auch Grundzinse und Gülten den regelmässigen Inhalt der Reallasten bilden, so giebt es doch noch andere Gestaltungen des dinglichen Rechts, welche ebenfalls zu den Reallasten, im weitern Sinne genommen, zu rechnen sind. Treffend führt Gerber¹⁶⁾ aus, dass das im Institute der Reallast liegende Rechtsprinzip auch in andern Verhältnissen wirksam werde, so namentlich bei der auf ein Grundstück gelegten Verpflichtung zur Unterhaltung und Reparatur von Bauwerken und körperlichen Anstalten überhaupt. Dabei wird überall die dauernde Verknüpfung der Last mit dem Grundstück und die Verbindlichkeit zu wiederkehrenden, wenn auch nicht streng periodischen Leistungen vorausgesetzt. In diesem Sinne hat das Bundesgericht entschieden, es qualifizire sich die Klage als eine dingliche, womit von den Inhabern des mit einer Weberei verbundenen Wasserrechts die Anerkennung gewisser Unterhaltungspflichten und die jeweilige Uebernahme von Wuhrunskosten verlangt wurde.¹⁷⁾ In einem andern Falle erklärte das Bundesgericht die von der Regierung von Baselland auf Grund des dortigen Wasserpolizeigesetzes gegen einen Privaten erhobene Klage auf Ersatz von Flusskorrektionskosten als „eine gegen den Rekurrenten als Besitzer einer ufer-schutzpflichtigen Liegenschaft gerichtete Steuerforderung, bezw. als Ausfluss einer auf der Liegenschaft des Rekurrenten ruhenden öffentlich-rechtlichen Reallast.“¹⁸⁾ Als ausschlaggebend scheint uns, dass

¹⁴⁾ Unaufkündbare „Pfandbriefe“ oder „Gülten“ giebt es in Uri, Schwyz, Appenzell („liegende Zeddel“), Freiburg, Wallis, Tessin (censi). Im Kanton Waadt sind alle Darlehen auf Grund und Boden unaufkündbar („lettres de rentes“). Gülten, welche nur in längern Perioden oder zu gewissen Zeiten aufgekündet werden können, kennen die Kantone Bern, Obwalden, Zug, Freiburg, Appenzell („Terminzeddel“ und Handwechselzeddel“) und Zürich.

¹⁵⁾ B. G. II 48 E. 2.

¹⁶⁾ Gerber, Privatrecht § 168 Note 5, § 169 Note 5.

¹⁷⁾ B. G. I 172 E. 2, 3 in S. Künzli und Imboden.

¹⁸⁾ B. G. VI 197 E. 2 in S. Graber.

in beiden Fällen eine dingliche Last geltend gemacht wurde. Gewiss liegt dagegen eine persönliche Klage vor, wenn primär und nicht bloss zusatzweise eine Entschädigungsforderung gestellt wird, mag dieselbe auch nach Art einer *actio in rem scripta* gegen jeden Besitzer des Grundstücks gehen. Das Verhältniss stellt sich häufig äusserlich in ähnlicher Weise dar, trotzdem die juristische Konstruktion eine gänzlich verschiedene ist, daher bedürfen derartige Fälle einer sehr vorsichtigen Prüfung.¹⁹⁾

VII. Mit den Reallasten verwandt sind die Grundsteuern. Dieselben unterscheiden sich von den erstern aber wesentlich durch ihren öffentlich-rechtlichen Charakter. Nach der hier vertretenen Auffassung werden die Steueransprachen, als ausserhalb der Privatrechtssphäre liegend, von dem Art. 59 überhaupt nicht berührt; die bundesrechtliche Praxis nimmt jedoch einen anderweitigen Standpunkt ein und behandelt die Steuerforderungen im allgemeinen als persönliche Ansprachen. cf. S. 106 ff. Eine Ausnahme macht dieselbe aber für die Grundsteuern, diese gelten darnach als dingliche Ansprachen. Ob sich dies nach der herrschenden Auffassung rechtfertige, darf zwar füglich bezweifelt werden. Der Bundesrath begnügte sich so ziemlich damit, den Satz aufzustellen, dass Grundsteuerforderungen nicht als persönliche Ansprachen zu betrachten seien, ohne ein begriffliches Kriterium für die abweichende Behand-

¹⁹⁾ Ein bundesrätlicher Entscheid vom J. 1873 erregt diesfalls Bedenken. Es handelte sich um die Frage, ob die von Besitzern von Grundstücken am Dorrenbach (Baselland) gegen das Baukollegium von Baselstadt beim Bezirksgerichte Arlesheim eingeleitete Klage auf Vornahme von Schutzbauten und Bezahlung einer Entschädigung für den in Folge eines Dammdurchstiches entstandenen Wasserschaden einen persönlichen Charakter trage. Diese Frage wurde verneint, im wesentlichen gestützt auf folgendes Motiv: „Für Immobilien gilt das Gesetz und die Gerichtsbarkeit des Territoriums, in welchem sie gelegen sind, es kann also eine gegen den Eigenthümer eines Grundstückes als solchen und wegen des Besitzes oder Eigenthums dieses Grundstückes, sowie wegen Rechten und Pflichten, die von demselben herrühren, erhobene Klage nicht als eine persönliche Forderung aufgefasst werden.“ Geschäftsbericht 1873 S. 370. Hafner kritisirt diese Motivirung. (Zeitschrift für schweiz. Rechtspflege, IV 405 Note 1.) In der That erscheint der aus der Anwendbarkeit der *lex rei sitae* auf die Natur der Klage gezogene Schluss als unzulässig. In der Hauptsache muss bezweifelt werden, ob die Klage wirklich auf Geltendmachung eines dinglichen Rechtes gieng und die Schadensersatzpflicht nur Ausfluss eines solchen war.

lung zu nennen.²⁰⁾ Auch die Motivirung des Bundesgerichts scheint indessen nicht zutreffend. Dasselbe erklärte, unter Bezugnahme auf die feststehende Rechtssprechung, dass Grundsteuerforderungen „nicht als Ansprüche an die Person, sondern als solche an die Liegenschaft selbst sich darstellen.“²¹⁾ In einem spätern Urtheile heisst es, dass diese Steuern, „als Forderungen, die gegen den jeweiligen Besitzer des Grundstückes als solchen gerichtet sind, beim Richter des Ortes der belegenen Sache geltend gemacht werden können.“²²⁾ Da nun das Bundesgericht in einem schon mehrfach citirten Falle²³⁾ selbst erklärt hat, es genüge die Richtung des Anspruchs gegen den Besitzer eines Grundstückes als solchen nicht für die Annahme der Dinglichkeit der Klage, so kann jene Motivirung nicht als ausreichend betrachtet werden, und zwar um so weniger, als alle andern Momente, insbesondere der Inhalt (Leistung einer Geldzahlung) auf die persönliche Natur hinweisen. Einzig der staatsrechtliche Charakter der Grundsteuern²⁴⁾ bildet ein durchschlagendes Argument, dieselben dem Art. 59 zu entziehen, dieser Grund trifft aber ganz allgemein für alle Steuerforderungen zu, welche auf dem Steuerhoheitsrechte des Staates beruhen. — Als Ansprachen persönlicher Natur würden wir dagegen die Assekuranz-Beiträge betrachten, welche da, wo das Brandversicherungswesen wegen seiner öffentlichen Bedeutung in die Hand einer Staatsanstalt gelegt ist, von dieser als Gegenleistung für die übernommene Gefahr bezogen werden.

VIII. Von den Theilungsklagen (*judicia divisoria*) heisst es in § 20 I. de act. 4, 6: „mixtam causam obtinere videntur, quam in rem tam in personam.“ In der That werden hier verschiedenartige Ansprüche in engster Verbindung geltend gemacht, so dass die Feststellung des Grundcharakters Schwierigkeiten bietet. Die herrschende Meinung rechnet diese Klagen zu den *actiones in personam*.²⁵⁾ Dennoch können wir dieselben nicht für persönliche An-

²⁰⁾ U. 259 (1857) 260, 265, 902 E. 2 (1858), B. 1865 III 744.

²¹⁾ B. G. IV 539 E. 2.

²²⁾ B. G. VII 5 E. 2.

²³⁾ B. G. III 633 E. 3, i. S. Bertschinger.

²⁴⁾ Auf diesen weist das Bundesgericht selbst in einer seiner Entscheidungen hin. B. G. V 220 E. 3.

²⁵⁾ cf. Windscheid II §§ 449, 450, Arndts § 97 Note 7, Kierulff S. 167, Wächter Handb. § 72.

sprachen im Sinne des Art. 59 halten. Die Theilungsklagen beruhen auf einem den Parteien gemeinschaftlichen dinglichen Recht und gehen in erster Linie auf Auseinandersetzung des Miteigenthums, resp. auf Festsetzung einer Grenze. Hierin liegt unzweifelhaft die Geltendmachung eines Herrschaftsverhältnisses zur Sache, und es kann, wenn man das Verhältniss im Ganzen betrachtet, nur insofern von einer Obligation die Rede sein, als die Betheiligten zur Ausscheidung Hand zu bieten haben. Dies gilt sowol von der *actio communi dividundo*, als von der *actio familiae erciscundae*. Die *actio finium regundorum* vollends ist nichts anderes als ein Surrogat der *rei vindicatio* in Fällen, wo diese in Folge einer Grenzverwirrung ausgeschlossen ist. In zweiter Linie entstehen allerdings aus der Thatsache der dinglichen Gemeinschaft auch obligatorische Ansprüche, z. B. auf Herausgabe gezogener Früchte, Erstattung von Verwendungen u. s. w. Allein der Umstand, dass diese persönlich gearteten Zusatzbegehren gleichzeitig mit der Klage auf Auseinandersetzung der dinglichen Gemeinschaft geltend gemacht werden, vermag den Hauptzweck und die Natur dieser Klage nicht zu ändern. Dazu kommt noch die Erwägung, dass die in Art. 59 niedergelegte Garantie gerade bei den Theilungsklagen, bei welchen als doppelseitigen (*actiones duplices*) beide Parteien in der Stellung des Klägers und des Beklagten zugleich stehen, keinen rechten Sinn hätte und ohne innern Grund ausschliesslich dem bei Anhängigmachung der Klage dem andern Zuvorkommenden zu gute käme. — In der Rechtssprechung des Bundesrathes wurden die Theilungsklagen, im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht, als persönliche behandelt.²⁶⁾

IX. Von grosser Wichtigkeit ist die Frage, welchen Einfluss ein mit der Forderung verbundenes Pfandrecht auf die Qualifikation derselben ausübe. In der bundesrechtlichen Praxis herrscht seit langem der Satz, dass der Art. 59 auf pfandversicherte Forderungen nicht anwendbar sei. Wir hegen indess ernste Zweifel, ob diese

²⁶⁾ B. 1866 I 458 ff., 1870 II 605 ff. Hinsichtlich der Erbtheilungsklage cf. die Berichterstattung der nationalrätlichen Kommission im Rekursfalle Cottier, B. 1862 III 255 ff. cf. Blumer S. 421. — Roguin (S. 133) billigt diese Praxis, während Carrard (a. a. O. S. 26, 27) dieselbe mit aller Entschiedenheit bekämpft. — Das Bundesgericht hatte noch keine Veranlassung, sich über die Frage auszusprechen. Im Falle Bertschinger, wo eine persönliche Klage angenommen wurde, geschah dies mit der Bemerkung, dass eine Grenzscheidungsklage nicht vorliege. B. G. III 633 E. 3.

Maxime, so absolut gefasst, ganz richtig sei, jedenfalls scheint eine genaue Prüfung der theoretischen Grundlagen derselben nothwendig. — Zunächst ist anzuerkennen, dass die Pfandklage (*actio hypothecaria resp. pignoratitia*) als solche dinglichen Charakter hat. Dieselbe geht, gleich den übrigen dinglichen Ansprüchen, unmittelbar auf die Sache, und ihr Inhalt besteht in der Befugnis des Berechtigten, unter gewissen Voraussetzungen mit Bezug auf die Sache in gewisser Weise zu handeln, nämlich dieselbe zur Deckung der Pfandforderung verkaufen zu lassen. Der Besitzer der Pfandsache als solcher ist nicht zu einer Leistung (Erfüllung der Pfandschuld) verpflichtet, sondern bloss zu dem prinzipiell passiven „*dimittere rem*“, „*délaisser la chose*“. Auch richtet sich die Wirksamkeit des Pfandrechts nicht bloss gegen den ursprünglichen Pfandschuldner, sondern überhaupt gegen jeden Inhaber der Pfandsache. Endlich ist in Betracht zu ziehen, dass, worauf das Bundesgericht hinweist, die Behörden des Wohnortes des Schuldners weder die Realisirung des Pfandes selbst bewerkstelligen, noch die Behörden des andern Kantons, in welchem das Pfandrecht liegt, zur Vornahme desselben zwingen könnten. Aus diesen Gründen hat die Praxis die lediglich auf das als Pfand dienende Vermögen gerichteten Klagen stets als unpersönliche betrachtet.²⁷⁾ — Wie verhält es sich aber, wenn über die Existenz bzw. den Umfang der dem Pfandrechte zu Grunde liegenden Forderung Streit herrscht? Hier wird man nach unserer Ansicht folgendermassen zu argumentiren haben: Das Pfandrecht trägt seinen Zweck nicht in sich selbst, sondern bedarf zu seinem Bestande eines Forderungsrechtes, welches letztere sich zum erstern verhält, wie das Principale zum Accessorium. Wird nun das Forderungsrecht in Widerspruch gesetzt, so ist zunächst dieses festzustellen. Die Klage, womit dies geschieht, besitzt trotz des zur Sicherung der Forderung bestehenden Pfandrechts alle Merkmale einer persönlichen Ansprache. Wird die Forderung vom Wohnsitzrichter für begründet erklärt, so kann die Realisirung des Pfandrechts am Ort der belegenen Sache erfolgen. Die Schuldklage

²⁷⁾ U. 313 (1852), 268 (1853), 312, 919 (1854), 272 (1857), 305 E. 2 (1858), B. 1865 II 172 E. 2, 1866 I 463 E. 1, 1867 II 5, 477 I 606 E. 4, 1868 II 464 ff., 1869 I 977 ff., 1870 II 146 ff., 1871 III 387 ff., 1872 III 233 ff., Geschäftsbericht 1873 S. 369, B. G. I 167 E. 2, 248 E. 2, II 48, III 455, IV 552 E. 1, V 168 E. 1, VI 18 E. 2, 197 E. 1, cf. Blumer S. 420. — Abweichende Entscheide U. 266 (1851), 1093 E. 3 (1868).

als solche wäre also beim Wohnsitzrichter des Beklagten, die Pfandklage beim Richter der belegenen Sache anzubringen. Würden beide Klagen vereinigt beim *forum rei sitae* angehoben, so hätte der Richter den Kläger zunächst behufs Feststellung der Forderung, als der Voraussetzung des Pfandrechts, an das *forum domicilii* zu weisen. So wenig der Wohnsitzrichter über das Pfandrecht als solches entscheiden könnte, ebensowenig würde dem Richter der belegenen Sache die Kompetenz zur Beurtheilung der Forderung zustehen. — Diese Argumentation ist nun aber nicht diejenige der bundesrechtlichen Praxis. Dieser letztern genügt der Umstand, dass die Forderung mit einem Pfandrechte verbunden ist, um das Prinzip des Art. 59 bei Seite zu setzen. Werfen wir einen Blick auf die Entstehung dieser Praxis. Die vorliegende Frage gelangte zum ersten Male zu eingehender Erörterung, als zwei in juristischer Beziehung übereinstimmende, vom Bundesrathe unterm 26. März 1874 entschiedene Fälle an die Bundesversammlung gezogen wurden. Graubündner hatten im Kanton St. Gallen Kühe zum Ueberwintern eingestellt. Ueber die Bezahlung des Futtergeldes entstanden Differenzen. Gestützt auf Art. 99 lit. b und e des st. gallischen Schuldentriebgesetzes wurde ein Pfandrecht geltend gemacht, so dass die Eigenthümer die Kühe erst nach gerichtlicher Deposition des streitigen Betrages heraus erhielten. Nun entstand die Frage, ob die hierauf von den st. gallischen Gerichten über die Forderungsstreitigkeit erlassenen Urtheile als rechtskräftig zu vollziehen seien. Der Bundesrath verneinte die Frage, indem er annahm, weder die Deposition des Betrages, noch das nach st. gallischen Gesetzen begründete Pfandrecht könne den Schuldner der Garantie des Art. 59 berauben.²⁸⁾ Diese Entscheidung wurde von der Bundesversammlung aufgehoben. In dem Bericht der ständeräthlichen Kommission wird konstatirt, dass früher nur die Zulässigkeit der Pfand- und Retentionsrechte an sich zur Sprache gekommen sei, nicht aber die Frage des Forums; der Bundesrath habe freilich seine jetzige Auffassung schon im Rekursfalle der Gemeinde Salvan²⁹⁾ geltend gemacht; dagegen sei die Frage im Rekursfalle Heim³⁰⁾ von den Bundesbehörden absichtlich offen gelassen worden. Die Abänderung der bundesrath-

²⁸⁾ B. 1874 I 1097—1101, i. S. Wieland und i. S. Carisch, f. Entscheid der B. Vers. B. 1874 II 321—324, III 397—399.

²⁹⁾ U. 317 (1853).

³⁰⁾ B. 1871 III 387, 1872 I 767.

lichen Entscheidungen wurde dann im wesentlichen damit motivirt, dass die Forderungen der Rekurrenten nicht rein persönliche seien, sondern vermöge des mit denselben verbundenen gesetzlichen Pfandrechts „zugleich einen dinglichen und daher einen gemischten Charakter“ haben. Dem gegenüber muss zunächst bemerkt werden, dass eine „dingliche Forderung“ als begrifflich undenkbar erscheint. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass auch die Schuldklage aus einer versicherten Forderung gegen eine von vornherein bestimmte Person gerichtet ist und auf eine Handlung des Schuldners geht; dieselbe trägt kein einziges Merkmal der unpersönlichen Ansprachen, und auch der Wortlaut des Art. 59 enthält keinen Anhaltspunkt dafür, dass sie diesen beizuzählen wäre. Wenn sodann in den citirten Erwägungen weiter gesagt wird, die Bundespraxis habe von jeher die kantonalen Pfand- und Retentionsrechte geschützt und das Arrestverbot des Art. 59 auf dieselben nicht bezogen (cf. § 26 II), so ist zu beachten, dass diese Rechte sehr wol auch da bestehen können, wo die Garantie des Art. 59 Platz greift (cf. § 26 III). Es handelt sich ja überall bloss darum, ob dem Richter der belegen Sache die Kompetenz zukomme, auch über Existenz und Umfang der Obligation zu entscheiden. — Das Bundesgericht hat sich der erwähnten Praxis angeschlossen.³¹⁾ In dem ersten diessfälligen Entscheide wird ausgeführt, dass eine Unterscheidung zwischen der Obligation des Schuldners und dem accessorischen Pfandrecht keinen Halt in der Verfassungsbestimmung finde. Damit ist wol indessen nicht gezeigt, wesshalb der Art. 59 auf die pfandversicherten Forderungen keine Anwendung haben solle. Im zweiten der in der Note citirten Fälle wird gesagt, „die Forderung habe wegen des mit ihr verbundenen Pfandrechts einen dinglichen Charakter“, — was aber mindestens als ungenau erscheint. In dem letzten Falle hat das Bundesgericht, abweichend von der frühern Motivirung, untersucht, ob eine auf Realisirung des Pfandrechts gerichtete Klage vorliege und erklärt, Einwendungen des Beklagten, auch wenn sie die Existenz der Forderung betreffen, seien ebenfalls vom Richter der belegen Sache zu entscheiden. — Roguin vertheidigt die bundesrechtliche Praxis, giebt indess zu, dass Art. 59 Platz greift, wenn der Gläubiger sich nicht an die speziell haftenden Pfandsachen

³¹⁾ B. G. I 167 E. 2, 3, 249 E. 4, II 48 E. 2, IV 552 E. 1, 2, V 168 E. 1, VI 531 E. 4, 371 E. 1.

halten, sondern auf andere Vermögensobjekte des Schuldners exequiren will, oder wenn er bloss die Schuldklage als solche anstellt.^{31a)} Wenn Roguin behauptet, die Obligation und das Pfandrecht seien mit Bezug auf den Gerichtsstand untrennbar verbunden und lassen sich nur von einem und demselben Richter behandeln, so ist dies gewiss thatsächlich unrichtig.³²⁾ — Wir möchten endlich nicht unberührt lassen, dass auch Erwägungen rechtspolitischer Art gegen die Verschiebung der Kompetenz bei pfandversicherten Forderungen sprechen. Es wird damit denjenigen Kantonen, welche in weitem Umfange Pfand- und Retentionsrechte aufstellen, ausserordentlich leicht gemacht, die auswärtigen Schuldner dem natürlichen Richter zu entziehen. Einige kantonale Gesetzgebungen gehen bekanntlich in der Gewährung solcher dinglicher Sicherheiten ziemlich weit³³⁾, so dass die Einheit und gleichmässige Wirksamkeit des Art. 59 eine bedeutende Einbusse erleidet. Dazu kommt, dass der thatsächliche Unterschied zwischen versicherten und unversicherten Forderungen häufig ein äusserst geringfügiger ist. So muss der Vermiether den Miether, dem es gelingt, die Miethslokalitäten gänzlich zu räumen, am Wohnsitz für Bezahlung der Miete suchen. Hat der Vermiether dagegen einige vielleicht ganz werthlose Gegenstände retiniren können, so unterliegt nach der bundesrechtlichen Praxis die Beurtheilung des ganzen Vertragsverhältnisses dem Richter der belegenen Sache.

Resümiren wir das Gesagte: Wird die Schuldklage allein erhoben, so greift Art. 59 Platz, wird dagegen nur die Pfandklage als solche angestellt, so findet derselbe keine Anwendung. Diese beiden Sätze werden von niemanden angetastet. Im weitern nimmt

^{31a)} Roguin, a. a. O. S. 123, 124. — Ebenso hält Roguin den Art. 59 für anwendbar, wenn nach Versilberung des für die Forderung bestellt gewesenen Pfandes weiter exequirt werden will. Gewiss ist dies folgerichtig; denn mit der Pfandversicherung muss auch nach der herrschenden Praxis der Grund einer ausnahmsweisen Behandlung der Forderung wegfallen. Das Bundesgericht hat die Frage in einem bezüglichen Fall offen gelassen. B. G. IV 553 E. 2.

³²⁾ Wir brauchen hier nur darauf zu verweisen, dass in der deutschen Civ. Proz. O. § 26 nur fakultativ gestattet wird, im dinglichen Gerichtsstand mit der hypothekarischen Klage die Schuldklage anzustellen; jene geht also keineswegs davon aus, dass bei pfandversicherten Forderungen das dingliche Element das persönliche absorbire, und die persönliche Klage sich mit der dinglichen gleichsam als eine Zubehörde derselben verbinden müsse.

³³⁾ cf. z. B. U. 313, 316, 317, 919.

die bundesrechtliche Praxis seit 1874 an, dass die Schuldklage verbunden mit der Pfandklage am Gerichtsstand der belegenen Sache angebracht werden dürfe; dies halten wir für unrichtig und dem Art. 59 widersprechend.

Hier ist sodann noch ein Punkt zu berühren. Der Umstand, dass versicherte Forderungen hinsichtlich des Gerichtsstandes anders behandelt werden, als unversicherte, führt dazu, dass das Bundesgericht oft in die Lage kommt, zu beurtheilen, ob im konkreten Falle ein Pfandrecht bestehe oder nicht. Dieser Entscheid darf indessen kein endgültiger sein; denn letzterer steht nicht dem Bundesgericht als dem Staatsgerichtshof zu, sondern dem kantonalen Civilrichter; wol aber ist es Sache der Rekurspartei, die Existenz eines Pfand- oder Retentionsrechtes nach Massgabe der kantonalen Gesetzgebung mindestens wahrscheinlich zu machen. Ist dieser Wahrscheinlichkeitsbeweis erbracht, so greift Art. 59 wenigstens einstweilen nicht Platz. Für das kantonale Gericht der belegenen Sache bleibt aber die Verpflichtung, das Vorhandensein des Pfandrechtes zu prüfen, und es liegt desshalb im Bereich der Möglichkeit, dass dieses nachträglich doch noch verworfen wird und Art. 59 wieder zur Geltung gelangt. Je nach den besondern Umständen des einzelnen Falles kann das Bundesgericht also das Pfandrecht sofort verneinen oder die Entscheidung darüber zunächst dem kantonalen Richter überlassen oder endlich, was am häufigsten eintreten wird, dasselbe als wahrscheinlich gemacht betrachten.³⁴⁾ — cf. § 26 II 3.

X. Den unpersönlichen, wenn auch nicht den dinglichen Ansprachen im engern Sinne müssen die Besitzesklagen beigezählt werden. Auf der einen Seite bieten dieselben Schutz gegen Eigenmacht, indem sie den Willen des Individuums gegen gewaltsame Eingriffe anderer sicher stellen, und insofern enthalten die Besitzesklagen ein öffentlich-rechtliches Moment. Andererseits treten dieselben in Beziehung zu den dinglichen Rechten; sie sind eingeführt im Interesse desjenigen, welcher zur Sache in einem diesen letztern ähnlichen Verhältnisse steht, und in dieser Hinsicht weisen die Besitzesklagen eine gewisse thatsächliche Analogie zu den dinglichen Ansprachen auf. Für deren unpersönliche Natur aber ist entscheidend, dass sie nicht gegen einen von vornherein mit dem Gegeben-

³⁴⁾ B. G. V 307 E. 2, B. G. I 249 E 5, B. G. V 307 E. 2, VI 531 E. 4, B. 1874 I 197, 1101 ff., 1874 II 521, 1875 I 240 ff. cf. Roguin S. 124—126. cf. B. G. III 62 E. 4.

sein des Besitzesverhältnisses bestimmten Gegner gerichtet sind, sondern überhaupt gegen jeden gehen, welcher die denselben entsprechende Rechtspflicht, den rechtlich geschützten faktischen Zustand nicht anzutasten, verletzt. Man wird deshalb, trotz des allgemeinen Ausspruches der Quellen: „*interdicta omnia personalia sunt*“ (l. 1 § 3 D. de interd. 43. 1) nicht fehl gehen, wenn man die Besitzesklagen nicht zu den persönlichen Ansprüchen im Sinne des Art. 59 rechnet, womit auch den praktischen Bedürfnissen am besten gedient sein wird.

§ 24. Personen- und Familienrecht.

I. Die Familienrechte unterscheiden sich von den übrigen Privatrechten dadurch, dass sie der Person nicht sowol in ihrer individuellen Stellung als vielmehr in ihrer Beziehung zur Familie gegeben sind. Die Grundsätze der Ehe und des Familienlebens beruhen zunächst allerdings auf dem Sittengebot, einzelne Postulate dieses letztern sind aber durch die gesetzgeberische Sanktion zu Rechtssätzen geworden. Insofern könnte man das Familienrecht definiren als die staatliche Ordnung der sittlichen Pflichten des Menschen gegenüber der Familie. Der Standpunkt des ältern römischen Rechts, welches den Familienrechten den reinen Herrschaftscharakter beilegte, ist längst überwunden; immerhin verbindet sich in manchen Beziehungen mit der Schutzpflicht ein gewisses Gewaltsverhältniss und mit dem Anspruch auf Schutz eine Unterwerfung unter den Willen einer fremden Person. Insoweit endlich die Familienrechte mit der sittlichen Staatsordnung im engsten Zusammenhange stehen, enthalten dieselben ein öffentlich-rechtliches Moment. Es ist nur eine Konsequenz des besondern Charakters der Familienrechte, dass ihnen regelmässig kein Vermögenswerth zukommt.

II. Die Klagen, welche auf dem Familienrecht beruhen, gehören grösstentheils nicht in den Kreis der *actiones in personam*. Dieselben gehen allgemein gegen jeden, der sich der rechtlichen Ordnung der Familienverhältnisse widersetzt, und ihr Inhalt ist nicht sowol der Anspruch auf eine einzelne Handlung, als die Geltendmachung und Durchführung des Schutz- bzw. Gewaltsverhältnisses. Die Klagen aus Familienrechten charakterisiren sich demnach als

dingliche im weitern Sinne, d. h. unpersönliche.¹⁾ So geht die Klage des Inhabers der väterlichen Gewalt auf Herausgabe des zurückbehaltenen Kindes (*vindicatio filii*) gegen jeden, der sich mit der väterlichen Zwangsgewalt in Widerspruch setzt. Aehnlich verhält es sich mit dem Anspruch des Mannes auf Rückkehr der Frau in die eheliche Wohnung (*interdictum de uxore ducenda*).

III. Eine Reihe von Klagen, welche dem Familien- und dem Personenrecht entstammen, tragen in so hohem Grade den öffentlich-rechtlichen Charakter an sich, dass sie schon aus diesem Grunde dem Art. 59 fremd bleiben. Hieher gehört in erster Linie die Ehescheidungsklage. Wie die Eingehung, so ist auch die Auflösung der Ehe ein Akt, der ausserhalb des privatrechtlichen Bereiches liegt. Die Klagen auf Auflösung des Bandes der Ehe oder auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett, sowie die Klagen auf Anfechtung einer Ehe erscheinen desshalb nicht sowol als privatrechtliche Ansprachen, denn als Gesuche um Aufhebung eines staatlich sanktionirten Rechtsverhältnisses. Der Gerichtsstand für die Eheklagen ist durch das Bundesgesetz vom 24. Christmonat 1874 besonders geordnet worden, dieselben sind hiernach regelmässig vom Richter des Wohnortes des Ehemannes zu behandeln. Öffentlich-rechtlicher Natur sind im weitern die Klagen auf Verhängung und Aufhebung der Vormundschaft²⁾ (cf. § 29 No. 1), die Rechtsstreitigkeiten über Legitimation und Adoption und die Gesuche um Verschollenheits- resp. Todeserklärung; die letztgenannten Begehren gehören zudem nicht zur streitigen Gerichtsbarkeit.

IV. Das Familiengüterrecht erzeugt Ansprüche, die zwar ihren letzten Grund gleichfalls in der sittlich-rechtlichen Ordnung des Familienverhältnisses haben, in ihrer äussern Gestaltung und Wirksamkeit sich aber als vermögensrechtliche Klagen persönlicher oder dinglicher Natur darstellen. Mit Recht hat der Bundesrath die Klagen auf Versicherung bezw. Separation des Frauengutes und Muttergutes als rein persönliche Ansprachen erklärt.³⁾ Der Umstand, dass der Entstehungsgrund in Verhältnissen des Familiengüterrechts

¹⁾ Windscheid I § 45 (2), Kierulff a. a. O. S. 160, Thibaut a. a. O. S. 36, Bekker „Aktionen“ I 201, II 125, u. Krit. Vierteljahrsschrift VI 477, 478.

²⁾ Ein behufs Vorbereitung der Bevogtigung im Heimatkanton angeordneter Schuldenruf verstösst nicht gegen den Art. 59. B. G. VII 458 E. 1.

³⁾ U. 862 E. 5 (1854), 256, 732 (1860), B. 1869 III 637, B. G. I 395. Siehe aber auch B. 1870 II 144—146, welches Präjudiz die Separationsklage an den heimatlichen Richter wies.

zu suchen ist, vermag an der Natur dieser Klagen nichts zu ändern. Rein persönlicher und privatrechtlicher Natur ist offenbar die Klage aus Verlöbnißbruch, auf Entschädigung und Genugthuung⁴⁾, sowie die Vormundschaftsklage, womit auf Quasikontrakt beruhende obligatorische Ansprüche gegen den Vormund geltend gemacht werden. Ueber die Klage auf Auseinandersetzung des ehelichen Güterrechts ist nach § 49 des Bundesgesetzes betr. Civilstand und Ehe vom Gericht, bei welchem die Ehescheidungsklage anhängig ist, zu gleicher Zeit mit dieser „von Amteswegen oder auf Begehren der Parteien“ zu entscheiden. cf. § 32 I. Für das Nähere bezüglich der Ansprachen aus dem ehelichen Güterrecht kann hier auf die eingehende Darstellung in der schon mehrfach citirten Abhandlung von Dr. Nüscheler „Beiträge zur Geschichte des heimatlichen Gerichtsstandes“, S. 134—141, verwiesen werden.

V. Eine besondere Betrachtung erheischt die Alimentationsklage der Mutter eines ausserehelichen Kindes gegen den Erzeuger desselben. Diese Klage richtet sich gegen eine von vornherein bestimmte Person, den muthmasslichen Vater und geht auf Bezahlung von Geldleistungen. Es unterliegt somit keinem Zweifel, dass es sich hier nur um eine persönliche Klage handeln kann.⁵⁾ Dabei kommt überall nichts darauf an, in welcher Weise man den Entstehungsgrund des die Basis bildenden materiellen Rechtsverhältnisses konstruiren. Die Ansichten der Schriftsteller gehen in diesem Punkte bekanntlich weit auseinander⁶⁾, und diese Verschiedenheit spiegelt sich in den Gesetzbüchern wieder.⁷⁾ Indess lassen sich die verschiedenen Anschauungen nach zwei hauptsächlichen Gesichtspunkten gruppiren. Während die einen die Alimentationsverbindlichkeit auf ein in dem Beischlaf liegendes Delikt zurückführen,

⁴⁾ B. G. V 23 E. 1.

⁵⁾ Der Grundsatz, dass Alimentationsklagen bei internationalen Streit-sachen am forum domicilii des Beklagten anzubringen sind, darf als einer der festesten des Bundesrechtes betrachtet werden. U. 236 (1854), 261 E. 2 (1858), 237 E. 2, 262 E. 6, 263 E. 5 (1859), 869 E. 1, 870 (1863), B. 1865 II 174, 175, 1866 I 465, 1869 II 389 E. 7, 1870 II 154 E. 2, 3, 1871 II 382 E. 2, 1873 II 30 E. 3, 1874 II 578 E. 3. Entscheid der Bundesversammlung in S. Walther, v. 20./21. Juli 1860, B. 1860 III 111—123. B. G. I 175 E. 1, 2, II 52 E. 1—3, III 451 E. 2, 646 E. 2, Roguin S. 105.

⁶⁾ Windscheid II § 475 N. 18, Arndts § 348 N. 2, insbesondere Martin Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft N. F. V (1868) 244—248.

⁷⁾ cf. Nüscheler a. a. O. 142—144.

nehmen andere — wohl richtiger — an, dieselbe beruhe auf einer aus der natürlichen Verwandtschaft entspringenden, durch das Gesetz sanktionirten Liebespflicht.

Die persönliche Natur der Alimentationsklage wird selbstverständlich dadurch nicht geändert, dass dieselbe nach manchen Gesetzgebungen, welche sich völlig auf den Deliktsstandpunkt stellen, von dem Straf- oder Polizeirichter zu behandeln ist; denn der juristische Charakter einer Klage hängt keineswegs von der für dieselbe vorgeschriebenen Prozessform ab.⁸⁾ Ebensowenig vermag der Umstand, dass in Folge Rezeption des Art. 340 Code civil, lautend: „La recherche de la paternité est interdite“, in einigen Kantonen (Waadt, Genf, Neuenburg, Tessin) die Alimentationsklage gar nicht angenommen wird, eine Abweichung von der Vorschrift des Art. 59 zu begründen.⁹⁾

Abgesehen von der Alimentationsverbindlichkeit des ausser-ehelichen Vaters kann eine Verbindlichkeit, jemandem das Erforderliche zum Lebensunterhalt zu gewähren, auch begründet werden durch Vertrag oder Vermächtniss und durch positive Gesetzesvorschrift, insbesondere zwischen Ascendenten und Descendenten, sowie gegenüber der Gemeinde. Es ist kaum nöthig beizufügen, dass die hieraus entspringenden Klagen, seien sie gegen Private oder den Staat resp. die Gemeinde gerichtet, als persönliche Ansprachen zu betrachten sind.

Aus der ausserehelichen Vaterschaft entsteht nach mehreren kantonalen Gesetzgebungen (Luzern, Uri, Nidwalden, Obwalden, Glarus, Appenzell I.-Rh. und Wallis, in Zürich wenigstens beim Vorhandensein eines Verlöbnisses) nicht allein eine Alimentationsforderung, sondern überdies und hauptsächlich eine Klage auf Anerkennung der Paternität, welche die Zusprechung von Geschlecht und Bürgerrecht des Vaters involvirt. Dieses von dem Alimentationsanspruch wesentlich verschiedene Rechtsbegehren kennzeichnet sich als Statusklage. — Die Statusklagen gehören zu den Präjudizialklagen, von welchen es in den römischen Quellen (L. 13. J. de act. 4, 6) heisst: „Præjudiciales actiones in rem esse videntur.“ „Praejudicia“ nannten die Römer bekanntermassen solche judicia, bei denen es keine condemnatio gab, welche vielmehr lediglich den

⁸⁾ B. G. II 53 E. 5. cf. § 31 zu Note 5.

⁹⁾ U. 262 (1859), B. 1866 III 347—353.

Zweck hatten, ein konkretes Rechtsverhältniss oder eine rechtlich erhebliche Thatsache gerichtlich festzustellen, um von dieser Feststellung in einem spätern Rechtsstreite Gebrauch machen zu können. Bei den Präjudizialklagen gieng demnach das Klägerische Rechtsbegehren dahin, der Richter möge feststellen, dass Etwas in gewisser Weise sei. Dieses Etwas konnte an und für sich jeder rechtlich erhebliche Umstand sein, — ebensowohl ein Recht, als ein Rechtsverhältniss, wie z. B. Besitz, Freiheit, und endlich auch ein bloss thatsächliches Moment von rechtlicher Erheblichkeit. Der Begriff der „*præjudicia*“ ist gegenwärtig im Grossen und Ganzen antiquirt. An Stelle derselben ist regelmässig eine Klage auf Anerkennung eines bestimmten Rechtes oder einer Thatsache seitens des Beklagten getreten, also eine den Willen des Gegners beeinflussende Ansprache auf ein *facere*. Die Statusklagen sind die einzigen Präjudizialklagen, die uns im heutigen Prozessrecht entgegentreten. Dieselben gehen dahin, der Richter möge anerkennen und feststellen, dass sich eine dritte Person in einem bestimmten Verwandtschaftsverhältnisse zum Kläger befinde. Diese Klagen kennzeichnen sich demnach nicht sowohl als Klagen auf Anerkennung durch den Beklagten, denn als solche auf Feststellung durch den Richter. Die Statusklagen sind also an sich nicht gegen irgend eine Person gerichtet, und es gibt im Grunde bei denselben gar keinen Beklagten, indem an dessen Stelle eine bloss mittelbar interessirte Person tritt. Ihre Wirksamkeit ist ferner eine allgemeine, da sich jedermann der richterlichen Feststellung des Statusverhältnisses fügen muss.¹⁰⁾ Unter den Statusklagen ist nun eben eine der bekanntesten die Paternitätsklage, d. h. die Ansprache, womit die Mutter resp. der Vormund eines ausserehelichen Kindes verlangt, dass gerichtlich festgestellt werde, der Beklagte sei Vater jenes Kindes. Es bleibt den Kantonen an und für sich anheimgestellt, die Vaterschaftsklage, welche als eine unpersönliche nicht unter den Art. 59 fällt, irgend einem andern Richter als demjenigen des *forum domicilii* zuzuweisen. Hiebei kommt aber in Betracht, dass durch die Zuspreehung des Kindes an dessen ausserehelichen Vater nicht bloss die Rechtsverhältnisse des letzteren, sondern auch diejenigen der Heimatgemeinde des Beklagten berührt werden. Durch

¹⁰⁾ Windscheid „*Aktio*“ S. 10, 12. Wächter Handb. § 45, Erörter. I 88, 100, Kierulff a. a. O. S. 160, Arndts § 97.

die gerichtliche Zusprechung erwirbt nämlich das Kind neben dem Namen auch das Bürgerrecht des Vaters und damit nach schweizerischen Rechtsgrundsätzen einen Anspruch auf Armenunterstützung gegenüber dessen Heimatgemeinde. Würde daher ein fremdes Gericht dieser letztern durch Zusprechung des Kindes Verpflichtungen auferlegen, so wäre damit zu Ungunsten dieser Gemeinde eine indirekte Umgehung des Art. 59 geschaffen. Als undurchführbar erschiene ein solches Verfahren aber schon desshalb, weil es einen Eingriff in die Souveränität des Heimatkantons enthielte; denn dieser ist nicht gehalten, hinsichtlich der Frage, ob jemand seinem Staatsverbande bürgerlich angehöre, eine fremde Gerichtsbarkeit anzuerkennen. Nach einer durchaus konstanten Praxis der Bundesbehörden sind daher die Kantone darauf angewiesen, bei interkantonalen Rechtsstreitigkeiten die Paternitätsklage von keinem andern Richter als demjenigen des Bürgerortes des Beklagten verhandeln und entscheiden zu lassen.¹¹⁾ Vermöge ihrer Souveränität bleibt es den Kantonen natürlich vorbehalten, unter sich die Vereinbarung zu treffen, dass die Vaterschaftsklage vor den natürlichen Richter des Beklagten gebracht werden solle.¹²⁾

Hier ist schliesslich noch zu bemerken, dass der Bundesrath in mehreren Rekursfällen entschieden hat, es dürfe die Alimentationsklage, deren persönliche Natur nach dem oben Gesagten feststeht, wenn dieselbe mit der Paternitätsklage verbunden werde, auch am Forum dieser letztern, beim Gericht des Heimortes des Beklagten, geltend gemacht werden.¹³⁾ Diese Praxis steht mit dem Art. 59 wohl kaum im Einklange, indessen ist auf diese Frage richtiger an anderer Stelle einzutreten. cf. § 32 II.

§ 25. Erbrecht.

I. Das Erbrecht besteht in der erbrechtlichen Befugniss, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers zu repräsentiren,

¹¹⁾ U. 234 E. 3, 236 (1854) 235 E. 3, 262 E. 5, 263 E. 1 (1859), 238 E. 5 (1860), 868 E. 1, 869 E. 1 (1863), B. 1864 I 371, 1865 II 175, 1866 I 466 E. 1, 1869 II 389 E. 6, 1873 II 30 E. 1, 4, 1875 IV 546—553, Beschluss der B. Vers. i. S. Walther, B. 1860 III 111—123, B. G. II 578 E. 4, III 646 E. 2, V 137 E. 1,

¹²⁾ Ein solcher Vertrag wurde z. B. zwischen Waadt und Freiburg abgeschlossen. B. 1873 II 29—31. Immerhin muss bezweifelt werden, dass eine Gemeinde derartigen Verträgen gegenüber nicht den ihr durch Art. 59 gewährleisteten Schutz beim natürlichen Richter anrufen könne. cf. § 14 I.

¹³⁾ U. 262 (1859), 868 (1853), 1866 I 465 E. 2, 1871 II 340 ff., 1873 II 29 ff., 1874 I 189, cf. Blumer S. 422.

m. a. W. die Rechte und Pflichten, welche der Erblasser im Momente seines Todes hatte, soweit sie vererblich sind, ganz oder theilweise zu übernehmen. Das Erbrecht nimmt demnach eine Sonderstellung im Systeme ein.

Die eigentlichen erbrechtlichen Klagen sind ohne Ausnahme unpersönlicher Natur. Dieselben richten sich nicht gegen eine von vornherein mit dem Erbrechte gegebene Person, sondern treffen jeden Dritten, welcher die Ansprüche des Erben auf Grund eigener Erbsansprüche negirt. Ihr Inhalt ist nicht sowol die Verurtheilung des Beklagten zu einem Thun, als vielmehr die richterliche Feststellung des Erbrechtes und die Anerkennung des dem Kläger zustehenden erbrechtlichen Herrschaftsverhältnisses. Die Erbrechtsklagen werden somit als unpersönliche vom Art. 59 nicht berührt, und es bleibt der kantonalen Gesetzgebung anheimgegeben, deren Gerichtsstand zu bestimmen.¹⁾ Gemeinrechtlich gilt für dieselben

¹⁾ Die Souveränität der Kantone ist namentlich auch massgebend für die Kontroverse, wie es zu halten sei, wenn der Nachlass in verschiedenen Kantonen liegt, eine Frage, welcher sowol wegen des geringen Umfanges der Kantone, als auch wegen des verschiedenen Rechts derselben bedeutende Wichtigkeit zukommt. In dieser Hinsicht hat sich die Praxis nach längerem Schwanken zu dem im heutigen Bundesrecht durchaus feststehenden Satze konsolidirt, dass kein Kanton gezwungen werden könne, mit Bezug auf die auf seinem Gebiet gelegenen Sachen Recht und Gerichtsbarkeit eines andern Kantons anzuerkennen, dass den Kantonen vielmehr das Recht zukomme, über den bei ihnen befindlichen beweglichen und unbeweglichen Nachlass eines ausser dem Kanton domizilirt gewesenen Erblassers eine Separaterbfolge zu bilden und diese dem eigenen Recht und Richter zu unterstellen. — Dies Alles jedoch mit dem Vorbehalt des Konkordates vom 15. Juli 1822, „über Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse“, welches letztere das „Prinzip der Einheit und Universalität der Erbschaft“ für die demselben beigetretenen Kantone verbindlich macht. cf. § 39, ferner für das analoge Verhältniss in Konkursachen § 39 III und betr. die Vormundschaft § 29 Nr. 1. — Im bezeichneten Sinne wurde zum ersten Male entschieden in dem s. Z. vielbesprochenen Turian'schen Erbschaftsstreit, i. J. 1851, cf. U. 224, und sodann in folgenden Präjudizien: U. 1104 (1852), 273 (1855), 274 (1856), 871 (1861) in S. Cottier, 875, 876 (1862), i. S. Anna Schoch, übereinstimmend beurtheilt vom Nationalrath, B. 1863 II 58 ff., B. 1866, II 762 ff. i. S. Kübler, bestätigt v. d. B. Vers. B. 1867 II 336 (Leuenberger), f. B. 1868 II 810 ff., 1872 II 496 ff., 1873 I 428 ff. i. S. Camenzind, bestätigt v. d. B. Vers. B. 1873 III 735 ff., 740, B. G. I 69 E. 2, 4, VII 468 E. 5. Abweichende Entscheide U. 276 (1860) i. S. Chambrier, 875 (1862) i. S. Angehr. Dieser Entscheid wurde von der Bundesversammlung bestätigt auf Grund des angeblich bundesrechtlichen Prinzips der Einheit und Univer-

bekanntlich der Gerichtsstand des Wohnorts des Erblassers. In der Schweiz herrscht dagegen in dieser Hinsicht in weitem Umfang das System des heimatlichen Rechtes und Richters. Für das interkantonale Verhältniss ist letzteres Prinzip mit aller Konsequenz durchgeführt in dem eine Mehrzahl von Kantonen umfassenden „Konkordat über Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse“ vom 15. Juli 1822. cf. hierüber § 29. Hiernach sind alle Klagen, welche Erbrechte, Ansprüche aus Vermächtnissen, Erbverträgen, erbrechtlichen Eheverkommnissen oder anderweitigen Verfügungen auf den Todesfall oder die Theilung der Erbschaft zum Gegenstand haben, an das *forum originis* gewiesen. — Was die Staatsverträge mit dem Auslande anbelangt, so ist in denjenigen mit Frankreich und Italien ²⁾ das Heimatsprinzip rezipirt, mit der Modifikation jedoch, dass für Franzosen und Italiener, welche in der Schweiz verstorben sind, der letzte Wohnort, den diese Personen in ihrem Heimatlande hatten, gilt. Der Staatsvertrag mit Frankreich behält „für die Theilung und für die Veräusserung von Immobilien“ die Gesetze des Landes vor, wo dieselben liegen. Im Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Nordamerika ist dagegen für die Erbrechtsklagen das *forum* und die *lex rei sitae* sanktionirt, ebenso im Staatsvertrag mit dem Grossherzogthum Baden, vom 6. Dez. 1856, mit Ausnahme des Falles, wo der Nachlass in beiden Staaten liegt, dann gilt das Heimatsprinzip. ³⁾

II. Nicht zu verwechseln mit den erbrechtlichen Klagen sind jene Ansprüche, welche das Rechtsverhältniss der Erbschaft nach aussen, zu dritten nicht erbberechtigten Personen betreffen und mit dem Erbfalle in einem bloss thatsächlichen Zusammenhange stehen.

salität der Erbschaft, cf. O. S. VII 402, B. 1863 I 190, 1862 III 56 ff., 255 ff. Ferner der Beschluss des Ständerathes i. S. Anna Schoch, cf. U. 876. Da der Nationalrath den (richtigen) Entscheid des Bundesrathes nicht umstossen wollte, so kam ein Beschluss nicht zu Stande, so dass es beim bundesräthlichen Entscheid verblieb. cf. oben S. 8. Blumer S. 280, 281, Kaiser I 179.

²⁾ Ebenso in der Konsularkonvention zwischen der Schweiz und Brasilien, vom 21. Okt. 1878, B. 1879 I 475 ff., 463 ff.

³⁾ St. Vertr. m. Frankreich, vom 15. Juni 1869, Art. 5, A. S. IX 1002, cf. Curti S. 74 ff., 83, 89, Nüscheler 184, St. Vertr. m. Italien, vom 22. Juli 1868, Art. 17 l. 3, A. S. IX 657 und das „Erläuternde Protokoll“ vom 11. Mai 1869, A. S. IX 755, St. Vertr. m. d. Ver. Staaten v. N. Amerika, vom 25. Nov. 1850 Art. 6, und 30. Juli 1855, Art. 10, A. S. V 201, St. Vertr. m. Baden, Art. 6, A. S. V 661.

Hieher gehören namentlich die Klagen der Nachlassgläubiger. Dieselben entspringen entweder aus Ansprüchen an den Erblasser oder sie gehen gegen die Erben als solche, d. h. beruhen auf einem nach der Erbschaftseröffnung eingetretenen Grunde. In beiden Fällen entbehren sie der erbrechtlichen Qualität und unterliegen, sofern sie als persönliche Ansprachen erscheinen, der Vorschrift des Art. 59.⁴⁾ Die Gefahr, solche Ansprachen mit den erbrechtlichen zu vermengen, rührt hauptsächlich davon her, dass manche Gesetzgebungen dieselben, so lange die Erbschaft nicht getheilt ist, an das forum hereditatis weisen. cf. S. 56 N. 1.

Anderseits sind auch die Klagen, welche der Erbe gegen dritte Personen zu erheben in der Lage ist, nicht durchwegs erbrechtlicher Natur. Dieselben zerfallen in zwei scharf gesonderte Gruppen. Entweder giebt der Dritte, gegen den der Erbe klagend auftritt, zu, dass er zum Nachlass gehörige Vermögensobjekte besitze, resp. dem Erblasser etwas schulde, verweigert aber die Herausgabe, bezw. die Zahlung, weil er das Erbrecht des Klägers bestreitet; oder er anerkennt zwar das Erbrecht des Klägers als solches, leugnet aber etwas zur Erbschaft Gehöriges zu besitzen, bezw. dem Erblasser etwas zu schulden. Nur im ersten Falle handelt es sich um Klagen erbrechtlicher Art; während der Erbe im zweiten Falle genau dieselben dinglichen oder persönlichen Klagen anzuheben hat, welche der Erblasser selbst hätte erheben müssen, um die Herausgabe der Sache, bezw. die Bezahlung der Schuld zu erlangen. Der Streit um die Erbschaftsqualität einer Sache oder um die Existenz und den Umfang einer Erbschaftsforderung gehört also nicht zu den Erbschaftsstreitigkeiten. Die Bundesbehörden haben sich hierüber wiederholt mit aller wünschbaren Klarheit ausgesprochen.⁵⁾ Hiebei ändert auch der Umstand nichts, dass der Angesprochene zufällig Miterbe ist, sobald er die Klage nicht aus einem erbrechtlichen Grunde, sondern deshalb bestreitet, weil er die Erbschaftsqualität der fraglichen Sache oder Forderung negirt.⁶⁾

⁴⁾ Uebereinstimmend U. 558 (1853), B. 1872 II 584, 1873 II 27, 28, B. G. III 328 E. 4.

⁵⁾ B. 1854 II 57 ff., 1864 III 148—153, 1874 III 1101—1106, B. G. I 197 E. 4, III 66 E. 1, 2, VI 397 E. 3, 405 E. 2, 3. Abweichend B. 1868 II 482 E. 4. — cf. im allgemeinen Arndts § 531, Windscheid § 614.

⁶⁾ B. G. I 197, E. 1.

Von den eigentlichen erbrechtlichen Klagen sind ferner zu sondern alle zum Schutze des Erbrechts dienenden Rechtsbegehren, die vor dem Eintritt des Erbfalles gegen den Erblasser oder gegen einzelne Erben erhoben werden. In einem Spezialfalle, wo es sich um Edition von Urkunden zur Sicherung einer Erbschaft handelte, sprachen sich jedoch der Bundesrath und der Nationalrath für den heimatlichen Gerichtsstand aus, währenddem der Ständerath das *forum domicilii* angewendet wissen wollte.⁷⁾

III. Die einzelnen Gestaltungen der erbrechtlichen Klagen variiren, je nachdem es sich um ein Intestat- oder ein testamentarisches Erbrecht handelt.

Die wichtigste zum Schutze des Erbrechts dienende Klage ist die Erbschaftsklage im engeren Sinne, die *hereditatis petitio*. Hierunter versteht man das Rechtsmittel, womit der Erbe (Allein- oder Theilerbe) den Nachlass des Erblassers, sofern er ihm durch den Beklagten ganz oder theilweise vorenthalten wird, in Anspruch nimmt.⁸⁾ Nach Zweck und Anlage erscheint die *hereditatis petitio* als ein Analogon der *rei vindicatio* und theilt die unpersönliche Natur derselben. Den Kantonen steht es daher frei, die genannte Ansprache an ein anderes als das *forum domicilii*, insbesondere an das *forum originis* oder das *forum rei sitae* zu weisen.⁹⁾ cf. Note 1. Gegenstand der Erbschaftsklage ist die *hereditas* oder der Erbnachlass als Sachgesammtheit (*universitas juris*), somit eine unpersönliche Sache. Doch kann mit der genannten Klage auch ein einzelner Nachlassgegenstand vindizirt werden; denn letzterer ist als Theil in der Gesammtheit enthalten. Weil auf Grund des Erbrechts angestellt, richtet sich die Erbschaftsklage nur gegen solche Inhaber von Erbschaftssachen, welche das Erbrecht des Klägers als solches verletzen, sei es, dass sie sich selbst Erbrecht zuschreiben (*possessio pro herede*), sei es, dass sie die Herausgabe der Sache ohne Angabe eines Grundes verweigern (*possessio pro possessore*). Anerkennt dagegen der Angesprochene das Klägerische Erbrecht an sich, behauptet aber, die Sache gehöre nicht zum Nachlass, oder es stehe ihm ein eigenes dingliches oder persönliches Recht daran zu, so findet gegen ihn gemäss dem bereits berührten Grundsatz

⁷⁾ U. 561 (1860) i. S. Guggenheim.

⁸⁾ cf. Arndts § 531. Windscheid § 611, Unger I 535 ff.

⁹⁾ B. 1854 II 57 ff., U. 275 E. 1 (1859), 874 E. 3, 876 (1862), B. 1863 I 435 ff., 1866 III 762 ff., 1873 II 24—26, B. G. III 68 E. 4.

nicht die Erbschaftsklage, sondern diejenige Klage statt, welche dem Erblasser selbst im konkreten Falle zugestanden hätte.¹⁰⁾

Als erbrechtliche und sonach unpersönliche Streitigkeiten qualifizieren sich im weitern alle solchen zwischen Intestaterben über die Personen der Berufenen, den Theilungsmodus und die Erbquoten.¹¹⁾ Die Erbtheilungsklage (*actio familiae erciscundae*), welche auf Auseinandersetzung des Nachlasses zwischen den Miterben geht, hat im wesentlichen ein unpersönliches Gepräge, obwol der Richter gleichzeitig alle auch nicht erbrechtlichen durch die Erbgemeinschaft zwischen den Miterben erzeugten Ansprüche regelt. cf. § 24 VIII. Das Bundesgericht hat den unpersönlichen Charakter dieser Klage in mehrern sorgfältig motivirten Entscheiden anerkannt.¹²⁾ Mit der Erbtheilungsklage wird häufig zugleich von dem Miterben die Einwerfung von Vermögensbestandtheilen in die Erbschaft verlangt. Diese auf der Collationspflicht beruhenden Begehren gehen aus der bestehenden Erbgemeinschaft hervor und zielen darauf hin, das Erbrecht im ganzen Umfange zur Geltung zu bringen. So sehr diesen Klagen äusserlich eine Aehnlichkeit mit den Klagen auf Rückerstattung wegen ungehöriger Bereicherung zukommt, so ist ihre Substanz doch eine erbrechtliche. Das Bundesgericht hat sich in dem in der vorigen Note citirten Entscheide ebenfalls in diesem Sinne ausgesprochen.

Zu den erbrechtlichen Klagen sind auch die Ansprüche des überlebenden Ehegatten auf den Nachlass des Verstorbenen zu betrachten, soweit wenigstens, als dieselben auf Erbrecht beruhen und nicht als Ausfluss einer bestandenen Gütergemeinschaft aufzufassen sind. Das Bundesgericht hat entschieden, es qualifizire sich der Anspruch des Ehemannes der Erblasserin auf Nutzniessung an dem hinterlassenen Frauengut (speziell nach schwyzerischem Recht) als ein erbrechtlicher.¹³⁾

Was schliesslich die testamentarische Erbfolge anbelangt, so sind hervorzuheben die Streitigkeiten über Auslegung der letztwilligen Verfügung, die Klagen auf Rescission der letztern aus materiellen Gründen oder wegen Formmängeln, insbesondere die *querela inof-*

¹⁰⁾ B. G. I 197 E. 4, 405 E. 2, 3.

¹¹⁾ B. 1864 III 153, 1872 II 496—498, 1873 I 428—435, III 735—745.

¹²⁾ cf. insbes. B. G. VI 398 E. 2 und ferner die auf S. 120 Note 26 cit. Präjudizien.

¹³⁾ B. G. I 200 E. 2, 3.

ficiosi testamenti. Alle diese Klagen sind nicht auf ein Thun eines bestimmten Beklagten gerichtet, sondern tragen unpersönlichen Charakter.¹⁴⁾ Die Klage des Vermächtnissnehmers gegen den Beschwerten auf Erfüllung des Vermächtnisses (actio legati) wird dagegen allgemein als eine persönliche Klage (quasi ex contractu) angesehen.¹⁵⁾

¹⁴⁾ U. 273 (1851), B. 1872 II 496—498.

¹⁵⁾ cf. Arndts § 558, Windscheid § 647.

V. Kapitel.

Das Arrestverbot in Art. 59.

§ 26. Bundeswidrige Arreste.

I. Dem im Art. 59 ausgesprochenen Prinzip, welches den Schutz des Schuldners beim Richter seines Wohnsitzes statuirt, reiht sich der Nachsatz an: „und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen ausser dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden.“ Im Konkordate vom Jahre 1804 fehlte diese Bestimmung, dieselbe erscheint zum ersten Male im Verfassungsentwurf vom Jahre 1833.¹⁾ Als Motiv wurde angeführt: „Die Erfahrung beweise, dass der Sinn und Geist des Prinzipes dadurch illudirt werde, dass auf das Vermögen eines wirklichen oder angeblichen Schuldners im einen oder andern Kanton Arrest gelegt werde.“²⁾ Es leuchtet nämlich ein, dass vor dem gleichen fremden Richter, welcher den Arrest verhängt hat, auch dessen Aufhebung zu betreiben und der Schuldner also genöthigt wäre, bei einem andern

¹⁾ In den Bundesverträgen der alten Eidgenossenschaft ist dagegen umgekehrt das Pfändungsverbot die Grundlage, aus welcher erst das Gebot des natürlichen Richters sich entwickelt hat. cf. oben S. 2, 3. Heusler, a. a. O. S. 51 ff., meint, auch beim Konkordat vom J. 1804 habe man sich im Grunde auf das Arrestverbot und überhaupt die Regelung der Betreibungen und Exekutionen beschränken wollen, immerhin unter Vorbehalt der liquiden Forderungen, cf. oben S. 4 Note 6, — das Arrestverbot sei auch der leitende Gedanke bei der Berathung der B. Verf. vom J. 1848 gewesen. Heusler weist ferner darauf hin, dass in einigen Entscheidungen des Bundesrathes aus den 50er Jahren das Hauptgewicht auf das Arrestverbot gelegt wird. cf. U. 268 (1854) u. 309 (1855).

²⁾ Protokolle der Bundesrevisionskommission (Schiess) S. 146.

als seinem natürlichen Richter Schutz zu suchen. Das Arrestverbot erscheint demnach als eine nothwendige Folge der Garantie des Wohnsitzrichters und dies deutet auch der Art. 59 mit dem Worte „daher“ an. Es muss darum befremden, dass dieses Verbot von Anfang an und bis auf den heutigen Tag manigfachen Angriffen ausgesetzt war. Schon bei den Bundesrevisionsverhandlungen vom Jahr 1848 wurde die ausnahmslose Formulirung desselben stark angefochten, zunächst in der Revisionskommission, noch mehr aber im Schoosse der Tagsatzung. Die Gesandtschaften von Solothurn, Aargau und Waadt beantragten Streichung des dasselbe enthaltenen Nachsatzes, weil dieser zu weit gehe.³⁾ Die Freiburgische Deputation schlug ein Amendement vor, wornach der Arrest für die mit einem titre exécutoire⁴⁾ ausgerüsteten Ansprachen als statthaft erklärt worden wäre. Es wurde angeführt, das von der Kommission beantragte absolute Arrestverbot schade dem öffentlichen Kredit, dasselbe führe in der Praxis zu mancherlei Unannehmlichkeiten, und es sei überhaupt die Garantie des Wohnsitzrichters nur so lange eine berechnigte, als das Schuldverhältniss nicht liquid sei, nicht dagegen, wenn der Gläubiger die Richtigkeit seiner Forderung urkundlich nachzuweisen vermöge. — Einer ähnlichen Auffassung begegnen wir bei Roguin (S. 60 ff.), welcher die gänzliche Abschaffung des Arrestverbots für wünschenswerth hält. Derselbe argumentirt folgendermassen: Wenn der Gläubiger auf Grund eines titre exécutoire Pfändung (saisie) verlange, so könne hier nicht von einer „Ansprache“ resp. „Forderung“ im Sinne des Art. 59 geredet werden, vielmehr gehe das Begehren auf eine Exekution („réalisation“); die Pfändung sei daher in diesem Falle mit der Garantie des Wohnsitzrichters wol vereinbar und überdem der Billigkeit gemäss, indem hier die Vermuthung für die Schuldpflicht des Belangten spreche. Aber auch in den Fällen, wo ein Titel genannter Art nicht vorliege, sei eine vorläufige Beschlagnahme einzelner Vermögensstücke des Schuldners („séquestre“) nicht im Widerspruche mit dem Sinn und Geist des Art. 59, vorausgesetzt, dass der Ansprecher angehalten

³⁾ Protokolle der Bundesrevisionskommission S. 42 u. Offizielle Abschiede der ordentl. Tagsatzung vom J. 1848, Bd. IV fol. 97.

⁴⁾ Hierunter ist im allgemeinen ein solcher Titel zu verstehen, gegenüber welchem nach der Gesetzgebung des betr. Kantons nur die dort genannten Vertheidigungsgründe gehört werden müssen, im einzelnen differiren die bezüglichen Bestimmungen der romanischen Kantone.

werde, innert Frist beim sequestrirenden Richter die Klage auf Bestätigung des Arrestes und sodann vor dem Wohnsitzrichter des Schuldners die Forderungsklage anzubringen. — Dem ist zu entgegen, dass die Erwirkung eines Arrestes, gleichviel ob derselbe sich als blosse Beschlagnahme („séquestre“) oder als Pfändung („saisie“) darstelle, und auf Grund eines titre exécutoire oder ohne einen solchen erfolge, in allen Fällen die Natur eines rechtlichen Angriffes in sich trägt, wogegen der Schuldner sich in grösserm oder geringerem Umfange auf den Richter berufen kann; einen solchen Angriff aber gestattet der Art. 59 nur am Wohnsitze des Schuldners, und es soll dieser demnach bei persönlichen Ansprachen davor geschützt bleiben, sich anderswo als vor seinem Wohnsitzrichter vertheidigen zu müssen, welches auch die Form des Angriffes sei. Diesem Grundsatz bleibt offenbar der Gedanke an das, was zu Gunsten des Ansprechers billig sein möchte, ferne; der Art. 59 ist nur für den Schuldner geschrieben. Wenn Roguin meint, der Gläubiger, welcher sich an die Gerichte wenden müsse, verdiene in den meisten Fällen den Schutz dieser letztern unendlich mehr als der halsstarrige Schuldner, so mag dies oft zutreffen; aber der Art. 59 steht auf anderer Grundlage! Jede Beschränkung des Arrestverbotes enthält eine wesentliche Beeinträchtigung des Prinzipes des Art. 59 und ist daher mit Entschiedenheit zurückzuweisen.⁵⁾

Hier ist noch ein Blick zu werfen auf den Art. 61 der B. Verf., wornach „rechtskräftige Civilurtheile“ in der ganzen Schweiz vollziehbar sind. Es kann keinem begründeten Zweifel unterliegen und wird von der bundesrechtlichen Praxis anerkannt, dass auf Grund dieser Verfassungsvorschrift die Exekution auf bewegliche und unbewegliche Vermögensobjekte verlangt werden kann, welche in einem andern Kantone liegen, als demjenigen, in welchem der Schuldner seinen Wohnsitz hat. Das Arrest- und Pfändungsverbot in Art. 59 gilt demnach nicht gegenüber rechtskräftigen Civilurtheilen schweizerischer Gerichte, denen diesbezüglich durch den Staatsvertrag mit Frankreich, vom J. 1869, Art. 15 ff., die französischen

⁵⁾ Der Staatsvertrag mit Frankreich, vom J. 1869, erwähnt des Arrestverbotes nicht, dennoch wird dasselbe auch hier, als eine nothwendige Folgerung der Garantie des natürlichen Richters, angenommen. cf. U. 1252 (1863) und Geschäftsbericht 1873 S. 365 ff. Uebereinstimmend Curti S. 38 ff., and. M. Roguin S. 161.

gleichgestellt sind. Es erscheinen demnach der Art. 61 der B. Verf. und der citirte Staatsvertrag in dieser Richtung als Schranke und Begrenzung des Art. 59. Ein Widerspruch besteht trotzdem zwischen den genannten Bestimmungen nicht; denn gegenüber einem rechtskräftigen Civilurtheil ist regelmässig die Vertheidigung ausgeschlossen und das auf Grund eines solchen gestellte Exekutions- oder Arrestbegehren stellt sich daher nicht als eine „Ansprache“ im Sinn des Art. 59 dar, d. h. nicht als ein prozessualischer Angriff, welcher im Bestreitungsfall vor dem Richter des Schuldners zu betreiben wäre („réclamation“), sondern als Mittel der Ausübung („réalisation“) des dem Träger des Urtheils endgültig zuerkannten Rechts. — Auf den in mancher Hinsicht kontroversen Begriff des „rechtskräftigen Civilurtheils“ kann hier nicht eingetreten werden, und es ist nur noch zu erwähnen, dass den Behörden des Kantons, in welchem die Exekution verlangt wird, die Prüfung dieses Requisites zusteht und das bezüglich durch die kantonale Gesetzgebung vorgeschriebene Verfahren vorbehalten bleibt. cf. oben Seite 20.

II. Der Art. 59 verbietet nur Arreste „ausser dem Kantone, in welchem der Schuldner wohnt“, der Beschlagnahme von Sachen, welche innert der Grenzen des Wohnsitzkantons des Schuldners gelegen sind, steht derselbe nicht entgegen; hierüber kann angesichts des klaren Wortlautes der Verfassungsvorschrift kein Zweifel bestehen.⁶⁾

Weitere Beschränkungen des Arrestverbotes ergeben sich daraus, dass dasselbe, als Folgerung des im Art. 59 niedergelegten Prinzipes, nicht im weitem Umfange gelten kann, als dieses letztere. Dasselbe ist daher an die nämlichen thatsächlichen Voraussetzungen gebunden, wie die Garantie des natürlichen Richters. Es sind dies folgende:

1. Zahlungsfähigkeit des Schuldners.⁷⁾
2. Fester Wohnsitz des Schuldners in der Schweiz.⁸⁾

⁶⁾ cf. U. 300 (1854), 299 (1856), 320 E. 2 (1857), B. 1855 I 417, 1857 I 228 ff., 1858 I 268 ff., 1867 I 604, Geschäftsbericht pro 1873 S. 366 E. 1, B. G. I 138, II 54—58, III 22 E. 2, cf. Rüttimann, Nordam. Bundesstaatsrecht II. Theil I. Abth. S. 162.

⁷⁾ cf. U. 898 (1852), 310 E. 2 (1857), B. G. I 164 E. 2, 239 E. 1—3, II 317—321, III 54 E. 2, 230 E. 4, 5, IV 18 E. 2.

⁸⁾ cf. U. 898 (1852), B. 1865 II 160 E. 2, 3, 1867 I 604 ff., 1870 II 141, Geschäftsbericht 1873 S. 365 ff., S. 372 E. 3, B. G. I 239 E. 1—3, IV 409 E. 3.

3. Das Arrestverbot besteht nur für persönliche Ansprachen, resp. wie der Nachsatz des Art. 59 sich bestimmt ausdrückt, nur für „Forderungen“. Dasselbe gilt also namentlich nicht für Ansprachen dinglicher Natur.⁹⁾ Die bevorzugte Stellung dieser letztern hat eine besondere Bedeutung für die mit Pfand- oder Retentionsrechten ausgerüsteten Ansprachen, welche nach der bundesrechtlichen Praxis als unpersönliche gelten. cf. oben § 23 IX. Auf Forderungen dieser Art bezieht sich das Arrestverbot, wie in zahlreichen Entscheidungen der Bundesbehörden angenommen worden ist, nicht.¹⁰⁾ cf. unten III. Würde dasselbe auch hier gelten, so wäre der Werth der Pfand- und Retentionsrechte, deren Geltendmachung regelmässig in einer Beschlagnahme resp. Zurückhaltung von Vermögensstücken des Schuldners besteht, in denjenigen Fällen, wo letztere ausser dessen Wohnsitzkanton gelegen sind, allerdings illusorisch und ferner dem Schuldner oft die Möglichkeit gegeben, die betr. Sachen durch Verbringung in einen fremden Kanton, resp. durch Wechsel des Wohnsitzes dem Gläubiger zu entziehen.¹¹⁾ — Sodann ist hier daran zu erinnern, dass der Art. 59 nur privatrechtliche Ansprachen im Auge hat, und es bezieht sich daher auch das Arrestverbot nur auf solche, nicht auf Ansprachen öffentlichrechtlicher Natur. Zu diesen letztern gehört u. a. der Anspruch, welcher dem Staat aus dem Strafurtheil gegen den Verurtheilten zusteht, insbesondere die Forderung auf eine Geldbusse, für diese letztere gilt das Arrestverbot nicht. Eben so wenig erstreckt sich dasselbe auf Arreste, welche dazu bestimmt sind, den Erfolg eines polizeilichen oder Strafverfahrens zu sichern,

⁹⁾ cf. u. a. U. 315 (1853), B. G. III 57 E. 1, 61 E. 3, 638 E. 4.

¹⁰⁾ cf. U. 314 (1850), 317 (1853), 303 E. 6, 312, 315, 316 (1854), 919 (1855), 319 E. 1 (1857), 305 E. 3 (1858), 920 (1862), 806, 903 (1863), B. 1865 II 157, 158, 1866 I 450, 1868 II 465 E. 1, 1869 I 978, 1870 II 149 E. 2, 1871 III 387 ff., Geschäftsbericht 1873 S. 361 E. 2, B. 1875 I 240 ff., B. G. I 249 E. 4, II 48 E. 2, III 61, 62 E. 4, V 311, VI 18 E. 2. cf. Blumer I 420, 443, Rüttimann a. a. O. S. 162, Kaiser a. a. O. S. 179, Roguin S. 134. — Der Gläubiger, welcher ein Pfand- und Retentionsrecht behauptet, muss für dasselbe im Fall der Bestreitung wenigstens einen Wahrscheinlichkeitsbeweis leisten. U. 303 E. 8 (1854), 903 E. 3 (1861), B. 1875 I 240 ff., B. G. III 60, 61 E. 4. cf. oben.

¹¹⁾ cf. U. 240 (1851), 309 (1854), 910 E. 1 (1856), 775 E. 2, 906 E. 1 (1861), B. 1862 II 237, 1864 I 348, 1866 I 449, 1869 I 977, 1873 II 1004 E. 2, v. d. B. Vers. bestätigt, s. B. 1874 I 196, B. G. II 46, 53 E. 6. cf. Blumer a. a. O. S. 426, 444.

z. B. die Beschlagnahme der *corpora delicti*.¹²⁾ — Die Befugniss zu derartigen Massnahmen ergiebt sich übrigens auch aus der den Kantonen durch Art. 65 der B. Verf. garantirten Souveränität in Strafsachen. cf. unten §§ 40, 27 a E., S. 14 unten, und namentlich § 23 IX.

III. Vielfach ist endlich der Begriff des Arrestes (französischer Text „saisies et séquestres“) selbst streitig geworden. Hierunter sind jedenfalls nur solche Beschlagnahmen auf Vermögensstücke des Schuldners zu verstehen, welche von einer Amtsstelle ausgehen, und aus diesem Grunde greift das Arrestverbot nicht Platz, wenn Privatpersonen von sich aus, z. B. gestützt auf Pfand- oder Retentionsrechte, Akte dieser Art vornehmen. cf. die Präjudizien bei Note 10. — Dagegen braucht der Arrest nicht nothwendig in einer Verwahrung von Sachen zu bestehen; sondern hieher gehören alle diejenigen amtlichen Massnahmen, wodurch die Person in der freien Verfügung über ihr Vermögen beschränkt wird, so namentlich mit Bezug auf Forderungen das Verbot an den Schuldner, Zahlung in die Hände des Gläubigers zu leisten.¹³⁾ Im fernern richtet sich das Arrestverbot nicht bloss gegen definitive, sondern auch gegen vorläufige Beschlaglegungen, wie im Rekursfalle Willi von der Bundesversammlung entschieden worden ist.¹⁴⁾ Nicht als Arreste können dagegen bloss vorsorgliche Massnahmen betrachtet werden, welche lediglich zum Zwecke haben, während des Prozesses oder angesichts desselben den bestehenden thatsächlichen Zustand aufrecht zu erhalten, insbesondere das Streitobjekt sicher zu stellen.¹⁵⁾

§ 27. Vorenthaltung der Ausweisschriften.

„Ausweisschriften“ oder „Legitimationspapiere“ nennt man bekanntlich jene Certifikate, welche von den Behörden der Heimat- oder Wohngemeinde ausgestellt sind, den Namen, bürgerlichen Stand, die Niederlassung u. s. w. einer Person mit öffentlichem Glauben beurkunden und in sehr verschiedenen Formen, wie unter manigfachen Bezeichnungen vorkommen, z. B. als „Heimatschein“, „Familien-

¹²⁾ cf. U. 308 (1849), 179 (1853), 180 (1854), 906 (1861), B. 1866 I 473 E. 5.

¹³⁾ cf. B. 1868 II 467 ff.

¹⁴⁾ cf. i. S. Willi B. 1874 II 882 ff., III 1024 ff., 1873 I 512 ff., 494 ff., — f. B. 1865 II 183 E. 3, B. G. I 231.

¹⁵⁾ U. 873 (1863), B. G. III 51 E. 3. Uebereinstimmend Roguin S. 153.

schein“, „Wanderbuch“, „Reisepass“. Eine Vorenthaltung dieser Papiere kann auf zwei Wegen geschehen, einmal durch Beschlagnahme resp. Rückhaltung derselben, und sodann in der Weise, dass die Behörde, welche zu deren Ausfertigung allein befugt ist, dieselben verweigert. Da der Bürger zufolge Art. 45 der B. Verf. in einer andern als seiner Heimatgemeinde nur dann Aufenthalt oder Niederlassung verlangen kann, wenn er Legitimationspapiere besitzt, so bildet die Vorenthaltung dieser letztern ein leichtes und wirksames Mittel, um auf den Schuldner einen Zwang auszuüben. Dieser ist denn auch oft angewendet worden, und die Beschwerden über derartige Repressalien bildeten in frühern Jahren die stehenden Traktanden der Bundesbehörden.¹⁾ Die eidgenössische Rekurspraxis zeigt in dieser Hinsicht einen äusserst interessanten Entwicklungsgang, ein Bild unablässigen Kampfes des Rechts gegen die Willkür, wobei das Recht erst allmählig, dann aber durchschlagend zum Siege gelangte. In den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten der alten Bundesverfassung war die Rechtssprechung des Bundesrathes in dieser Hinsicht eine nicht ganz entschiedene. In den meisten Fällen wurde indess die Vorenthaltung der Ausweisschriften als bundeswidrig erklärt.²⁾ In diesem Sinne entwickelte sich dann allmählig eine konstante Praxis, insbesondere seitdem die Bundesversammlung in mehreren vor ihre Instanz gelangten Fällen sich für die Unzulässigkeit der Rückhaltung jener Urkunden ausgesprochen hatte.³⁾ Hiebei gieng man davon aus, solche Repressalien seien

¹⁾ Die Beurtheilung derartiger Rekurse verbleibt auch nach der B. Verf. von 1874 dem Bundesrath und der Bundesversammlung. B. Verf. Art. 102 Ziff. 2, 85, Ziff. 12, 113 Abs. 2 und „Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege“ vom 26. Brachmonat 1874, Art. 59 Nro. 5.

²⁾ U. 126 E. 2 (1850, 1852, 1853), 898 (1852), 128 in S. Suter, 152 (1853), 130 (1857), 131 (1858), 123 (1858 u. 1860), 775 E. 1, 782 E. 2 (1861), 804 (1862), B. 1867 I 585 ff., 1869 III 632—638 in S. Isely, 1873 II 1004 E. 1 in S. Kessler, 1876 II 264 Nro. 7, Nro. 9, in S. Schmid, 265 Nro. 10, in S. Rud. Weber. Im J. 1852 erklärte der Bundesrath eine Verordnung des Kantons Bern vom 3. Okt. 1849, gemäss welcher Auswanderungspässe den Niedergelassenen erst nach vorausgegangener öffentlicher Aufforderung an die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen verabfolgt werden durften, als ungültig, weil mit dem Art. 59 in Widerspruch stehend. Abweichende Entscheide, in denen die Vorenthaltung von Ausweisschriften gutgeheissen wurde: U. 151 (1856) in S. Vogel, 131 (1859) in S. Heizmann, 805 (1863) in S. Nägeli, E. 2.

³⁾ Bundesbeschlüsse: in S. Suter U. 128 (1851), in S. Heizmann, vom 10. Juli 1861, U. 131, s. f. B. 1861 II 633—648, 1860 I 239—247, in S. Hugen-

desshalb unzulässig, weil sie mit dem Art. 59 im Widerspruch stehen. Es ergiebt sich dies namentlich aus den Verhandlungen in Sachen Heizmann, vom J. 1861, welche längere Zeit hindurch die Grundlage der bezüglichen Anschauungen bildeten, und wo dem in Art. 59 aufgestellten Arrestverbot das entscheidende Gewicht beigelegt wurde. In Folge dieser Auffassung wurde angenommen, die Unzulässigkeit der Vorenthaltung von Ausweisschriften sei an die nämlichen Voraussetzungen gebunden, wie das Arrestverbot in Art. 59. Daher kam man zu dem Satze, dass die genannte Zwangsmassregel nur dann unstatthaft sei, wenn sie von einer Amtsstelle ausgehe, nicht dagegen, wenn dieselbe von einer Privatperson vorgenommen werde, auf Grund eines (angeblichen) Pfand- oder Retentionsrechtes, im letztern Falle galt sie als erlaubt.⁴⁾ — Die frühern bundesrätlichen Entscheide hatten sich dagegen mehr darauf gestützt, dass in der Verweigerung der Ausweispapiere ein Verstoss gegen das Recht der freien Niederlassung liege, ohne indessen auf die Begründung dieses Satzes weiter einzutreten. Und doch scheint dieses Argument viel näher zu liegen, als die Bezugnahme auf den Art. 59; denn augenscheinlich wird dem Bürger die freie Niederlassung unmöglich gemacht, wenn man ihm die Urkunden verweigert, deren Besitz, wie schon bemerkt, Voraussetzung jenes Rechtes ist. Vom letztern Standpunkt aus betrachtet ist die Rückhaltung der Ausweisschriften offenbar gleich rechtswidrig, ob dieselbe von einer Amtsstelle oder von einer Privatperson ausgehe. Die Richtigstellung der Kontroverse finden wir im Berichte der ständerätlichen Geschäftsprüfungskommission pro 1873.⁵⁾ Während man bis dahin keinen Anstand genommen hatte, die Ausweispapiere als Sache zu betrachten, an welcher dingliche Rechte statt haben können, wies jener Bericht die Unrichtigkeit dieser Auffassung schlagend nach und zeigte, dass die Legitimationsurkunden vielmehr als „Aktenstücke durchaus persönlicher Natur“ betrachtet werden müssen, welche eben so wenig als die Person, auf die sie lauten, Gegenstand von Privatrechten sein können. Als dann im J. 1875 der Bundesrath, gemäss der

tobler B. 1862 I 404, in S. Isely B. 1870 I 41—44, 1869 I 40—50, insbesondere S. 47, in S. Kessler B. 1874 I 196, in S. R. Weber B. 1875 I 240, in S. Schmid B. 1876 I 740, 969.

⁴⁾ U. 319 E. 1 (1857), 920 (1862), 806 (1863), B. 1865 II 157, 158, 1875 I 240, 241, in S. Weber. cf. § 26 II, III.

⁵⁾ B. 1874 I 771 ff.

hergebrachten Praxis, den Rekurs eines Rud. Weber abwies, welcher sich darüber beschwert hatte, dass ihm von seinem ehemaligen Meister wegen angeblicher Retentionsrechte der Heimatschein zurückgehalten wurde, kassirte die Bundesversammlung am 18. und 19. März gl. J. die Schlussnahme des Bundesrathes, von der Betrachtung geleitet, dass jene Papiere zu den *res extra commercium* gehören, und daher niemals dem Willen von Privatpersonen unterworfen sein können.⁶⁾ Damit scheint der Kern der Sache getroffen; die Vorenthaltung der Ausweisschriften ist offenbar nicht allein und nicht in erster Linie eine Verletzung des Rechts auf den natürlichen Richter, überhaupt zunächst nicht die Beeinträchtigung eines Privatrechtes, sondern die Unterdrückung des öffentlichen und unverzichtbaren Rechts der freien Niederlassung, eben weil die Ausweispapiere der Titel zur Ausübung dieses Rechts sind. Jeder Bürger hat daher auf dieselben in gleicher Weise Anspruch, wie auf das Recht der freien Niederlassung. — Nach der heutigen bundesrechtlichen Praxis steht nun durchaus fest, dass die Ausweispapiere unter keinen Umständen wegen privatrechtlicher Ansprachen vorenthalten werden dürfen. Wol aber giebt es Gründe des öffentlichen Rechts, welche derartige Zwangsmassregeln rechtfertigen, insbesondere wird man den Staatsorganen das Recht zu solchen Massnahmen einräumen müssen im Falle militärischen Aufgebotes, ferner behufs Durchführung der Strafuntersuchung und zu anderweitigen polizeilichen Sicherungszwecken.⁷⁾

⁶⁾ B. 1875 II 677, und insbesondere die Ausführungen von Russenberger, dem Berichterstatter für die ständeräthliche Kommission, B. 1875 II 667 ff.

⁷⁾ cf. B. 1866 I 449 E. 2, 1873 II 1004 E. 2, von der B. Vers. bestätigt, s. B. 1874 I 196. cf. § 26 II.

VI. Kapitel.

Ueber die Zulässigkeit anderer Gerichtsstände als desjenigen des Wohnorts.

§ 28. 1) Der vereinbarte Gerichtsstand.

I. Nach einem Rechtssatze, dem wol kosmopolitische Geltung zukommt, wird für ein an und für sich inkompetentes Gericht mit Bezug auf einen gegebenen Streitfall die Kompetenz dadurch begründet, dass die Parteien dieselbe anerkennen und sich dem Gerichte unterwerfen. Man spricht in diesem Falle von einem „vereinbarten Gerichtsstand“ oder „forum prorogatum“. Anerkennt der Beklagte in einem Rechtsstreit über persönliche Ansprachen einen andern Richter als denjenigen seines Wohnortes, so verzichtet er damit auf die ihm in Art. 59 gegebene Garantie dieses letztern. In § 5 ist ausgeführt worden, dass ein solcher Verzicht statthaft sei, und man wird daher auch gegen die Zulässigkeit des forum prorogatum nichts einwenden können. Der genannte Gerichtsstand ist denn auch in zahlreichen Entscheidungen der Bundesbehörden als statthaft anerkannt worden.¹⁾

II. Das Zustandekommen einer gültigen Prorogation ist an folgende Erfordernisse geknüpft:

1. Der Richter, dem sich die Parteien unterwerfen, muss „Jurisdiktion in der Sache“ haben, d. h. die ordentliche Civilgerichts-

¹⁾ cf. U. 290 (1849), 253 E. 9 (1855), 292 E. 1 (1856), 560 E. 1 (1857), 293 E. 2 (1859), 294 E. 2 (1860), B. 1861 I 329 ff., U. 877 E. 1 (1862), 856 (1863) in S. Büchi, B. 1868 II 792 E. 2, 1870 II 579 E. 7 in S. Rimensberger, 1872 I 739, 740, II 492 E. 1. Geschäftsbericht 1873 S. 375, 376. cf. f. Beschlüsse der B. Vers. in S. Büchi B. 1864 II 551, in S. Rimensberger B. 1870 II 59, 60. cf. B. G. I 260 E. 8, III 61 E. 2, 625 E. 4.

barkeit der betreffenden Instanz; denn die Bestimmungen über die Jurisdiktionsgewalt sind öffentlichen Rechtes und können nicht durch die Parteien geändert werden. Das Gericht ist seinerseits nicht gezwungen, die Prorogation anzunehmen, doch genügt es an der stillschweigenden Anhandnahme des Prozesses.²⁾

2. Auf Seiten der Parteien ist erforderlich die prorogatorische Willensübereinkunft. Die Kontrahenten müssen handlungsfähig resp. gehörig bevollmächtigt sein.³⁾ Der Wille darf nicht an einem wesentlichen Mangel leiden. Namentlich würde keine Prorogation zu Stande kommen, wenn die eine Partei das inkompetente Gericht irrthümlicherweise für das gesetzlich zuständige gehalten haben sollte.⁴⁾

Die prorogatorische Uebereinkunft ist, wie die meisten Verträge, nicht an eine bestimmte Form gebunden; der Konsens kann daher ebensowol ausdrücklich kundgegeben werden, als auch stillschweigend, durch konkludente Handlungen.⁵⁾ In dieser Hinsicht gelten im allgemeinen die nämlichen Interpretationsregeln, wie mit Bezug auf die Domizilerwählung. cf. S. 71 ff.

Zwischen der deutschen und der französischen Rechtsauffassung besteht hier insofern ein Unterschied, als diese letztere mehr den Gesichtspunkt der prorogatorischen Vereinbarung festhält, während erstere das Gewicht eher auf die freiwillige Einlassung des Beklagten vor Gericht, die Nichterhebung und daherige Präklusion der Inkompetenzeinrede legt. Praktische Konsequenzen werden aus dieser verschiedenen Anschauungsweise unseres Wissens jedoch nicht gezogen.

III. Aus dem umfangreichen Präjudizienmaterial, welches die bundesrechtliche Praxis über die Frage der Prorogation durch konkludente Handlungen bietet, sind folgende Sätze zu entnehmen:

1. Die Prorogation entsteht damit noch nicht, dass man es unterlässt, das Urtheil resp. die Verfügung des für inkompetent

²⁾ So nach gemeinem Recht, und natürlich vorbehältlich einer abweichenden *lex fori*. cf. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 10, Renaud a. a. O., Bayer S. 150, Wetzell S. 430. cf. U. 292 E. 1 (1856).

³⁾ cf. U. 556 E. 3 a (1849) in S. Lieberherr, 269 (1854). 906 E. 4 (1861), 856 (1863), B. 1865 II 172 E. 2, 3, 1868 II 786—792 in S. Baumgartner, B. G. I 145 E. 5, 202 E. 5, III 496. cf. S. 36.

⁴⁾ cf. Wetzell S. 429, Bayer S. 150.

⁵⁾ cf. Bayer S. 51, Bethmann-Hollweg S. 11 ff.

gehaltenen Richters oder Exekutivbeamten mit den kantonalen Rechtsmitteln anzufechten⁶⁾; denn ansonst wäre der Bürger gezwungen, vor dem inkompetenten Richter den Kompetenzstreit zu führen, was jedenfalls gegen den Sinn und Geist des Art. 59 gehen würde. cf. § 2 IV. Eben so wenig kann die Prorogation aus dem Nichterscheinen des Beklagten vor dem nach seiner Meinung inkompetenten Richter gefolgert werden.⁶⁾

2. In der stillschweigenden Annahme einzelner Betreibungsakte liegt noch keine Anerkennung des Forums⁷⁾, auch nicht in der Auswirkung eines Rechtsvorschlags⁸⁾, eben so wenig aber in der Versäumung dieses Aktes, da derselbe sich als prozessualische Vertheidigung qualifiziert, zu deren Einlegung vor dem inkompetenten Richter der Schuldner nicht gehalten ist. cf. S. 15 Note 9. Ueberdies kann die Versäumung des Protestes auch bloss auf Nachlässigkeit beruhen oder die Abwesenheit des Schuldners etc. zum Grunde haben; dieselbe bildet daher jedenfalls kein sicheres Zeichen des Unterwerfungswillens. Wenn der Schuldner aber in der gleichen Sache successive mehrere Betreibungshandlungen ohne Widerspruch entgegengenommen hat und dergestalt das Rechtstribsverfahren gegen sich fortschreiten lässt, so ist allerdings die Prorogation anzunehmen.^{8a)}

3. Die Annahme einer Vorladung vor den inkompetenten Richter gilt nicht als Anerkennung dieses letztern.⁹⁾ Mit Recht; denn diese für sich allein gestattet noch keinen Schluss auf den Unterwerfungswillen (cf. Ziff. 4), zudem würde eine gegentheilige Praxis in manchen Fällen zur Ueberrumpelung des Schuldners führen.

4. Wenn der Beklagte der Vorladung Folge leistet und im Verhandlungstermine erscheint, dies jedoch nur zu dem Zwecke thut, um die Kompetenz zu bestreiten, so kann hieraus nicht auf die Prorogationsabsicht geschlossen werden; denn durch dieses Verhalten

⁶⁾ U. 290, 542 (1849), 302 (1854 u. 1857), B. 1855 I 419, U. 253 (1855), B. 1856 I 514 E. 5, U. 308 (1858), 905 E. 2 (1860), B. G. I 226 ff. E. 3, 4, 235 E. 7, III 61 E. 2, V 40 E. 3. cf. v. Bar 450, Curti 46, Endemann, Kommentar z. deutschen Civ. Proz. S. 294.

⁷⁾ cf. B. G. I. 226 E. 3, 235 E. 7. S. f. U. 235 E. 10 (1855).

⁸⁾ B. G. III 447 E. 2, VI 368.

^{8a)} cf. U. 293 (1859), 863 (1860).

⁹⁾ cf. U. 880 (1863) in S. Häusser, bestätigt von der B. Vers., B. 1870 II 574 ff., B. G. I 202 E. 5, III 626 ff., IV 554 ff.

will ja gerade die Gerichtsablehnung kundgegeben werden. Die Annahme der Prorogation wäre ferner eine Unbilligkeit, indem sie denjenigen strafen würde, welcher sich die Mühe nimmt, die Inkompetenzeinrede vor Gericht zu begründen und damit zu einer möglichst raschen und billigen Erledigung der Sache die Hand reicht. Nichtsdestoweniger ist für solche Fälle oft die Prorogation behauptet worden; die bundesrechtliche Praxis hat jedoch immer angenommen, dass in Handlungen der genannten Art noch keine solche gefunden werden könne.¹⁰⁾ Eine Anerkennung der Kompetenz kann im Erscheinen vor Gericht selbst dann nicht erblickt werden, wenn der Beklagte zwar nicht die Inkompetenzeinrede, jedoch andere Einwendungen vorbringt, welche zum Zwecke haben, ihn von der Pflicht zur Einlassung zu entbinden, z. B. die Einrede, dass der Prozess nicht in richtiger Weise an das Gericht geleitet sei.^{10 a)} Auch in dem Falle liegt eine Prorogation nicht vor, wenn der Beklagte behufs Bestreitung der Kompetenz successive alle kantonalen Instanzen angerufen hat.¹¹⁾ In zwei Fällen hat der Bundesrath entschieden, es sei dem Beklagten sogar gestattet, nach der Erhebung der Inkompetenzeinrede noch Protestationen in der Sache selbst vorzubringen, Bestreitungen der gegnerischen Ausführungen, Einreden u. s. w., überhaupt sich materiell zu vertheidigen, ohne dass desswegen die Prorogation angenommen werden dürfe, „zumal er sich auf den materiellen Streitgegenstand gar nicht hätte einlassen müssen.“¹²⁾ Hiemit dürfte denn doch zu weit gegangen sein; denn die angeführten Handlungen sind wol als eine Uebernahme des Prozesses seitens des Beklagten zu betrachten. Dagegen

¹⁰⁾ U. 375 (1850) Entscheid des B. R. in S. Dupré, welcher vom Bundesgericht, dem die Räthe diesen Rekursfall delegirt hatten, bestätigt wurde, s. f. U. 225 (1853) in S. von Grenus, 230 E. 2 (1855), 911 (1856), 261 (1858), 262 E. 3, 361 (1859), 307 (1860), 853, 876 (1862), 866, 880 E. 1 in S. Häusser, v. d. B. Vers. bestätigt, 888 E. 1 (1863), B. 1866 I 464, 465, 1867 I 607, 1868 II 173 E. 5, 1869 I 959, 986 E. 4, 1870 I 417, II 579 in S. Rimensberger (bestätigt), 1873 I 409 ff. in S. a Marca u. Kons. (bestätigt), 1874 I 445—451 in S. Gaillard aîné, Petit et Halbon (bestätigt), 1875 I 209 E. 5, 213, B. G. I 142 E. 4, IV 119 E. 1, 225 E. 4, 353, 555 ff.

^{10 a)} B. G. VII 19 E. 1.

¹¹⁾ cf. U. 888 E. 1 (1863), B. 1867 I 606 E. 6, 1869 I 959, 1873 I 409 bis 420 E. 1 in S. a Marca u. Kons., von der B. Vers. bestätigt. B. G. IV 225 E. 4. cf. oben S. 11 zu Note 6. And. Ans. S. Kaiser S. 180.

¹²⁾ B. 1869 I 986 E. 4 in S. Hämmerli, 1873 II 18 in S. Binz.

stimmen wir einer Entscheidung des Bundesgerichtes bei, wornach der Beklagte, ohne dass Prorogation anzunehmen wäre, auf Vorfragen eintreten darf, wie z. B. diejenige der Aktivlegitimation, des Armenrechts, Ablehnung von Gerichtspersonen.^{12^a)} In Sachen der Schweiz. Kreditanstalt gegen Sautter de Beauregard wurde vom Bundesgericht erklärt, in der Einreichung eines Begehrens um Erläuterung des Beweisbescheides eines Richters, dessen Kompetenz man bestritten hat, sei noch keine Prorogation enthalten.^{12^b)} cf. § 38 Note 3 a. E.

5. Oft kommt es vor, dass der Beklagte, um sich vor gewissen ökonomischen oder rechtlichen Nachtheilen zu schützen, einwilligt, das Streitobjekt, z. B. die streitige Waarenlieferung oder die Klagesumme, an einem bestimmten Ort hinters Recht zu legen. Hieraus darf, wie in mehreren Fällen entschieden wurde, noch nicht auf die Absicht der Unterwerfung unter das für inkompetent gehaltene Forum der Sequestration geschlossen werden.¹³⁾

6. Wenn der Beklagte dagegen die Frage der Kompetenz dem für inkompetent gehaltenen Richter zur Entscheidung vorlegt, so ist er an diese letztere gebunden.¹⁴⁾ Derselbe hat dann eben für den Kompetenzstreit bei dem nach seiner Ansicht in der Sache inkompetenten Richter Domizil erwählt.

7. Unter „Einlassung“ im engern Sinn versteht man bekanntlich die Antwort des Beklagten in der Sache selbst, d. h. seine Vernehmlassung über das thatsächliche und rechtliche Fundament der Klage, die Stellung von Anträgen in der Sache, überhaupt die Uebernahme des Rechtsstreites. Wer sich in dieser Weise auf die Klage „einlässt“, der unterwirft sich damit dem Gerichte, vor welchem er erschienen ist, auch falls dieses sonst inkompetent wäre. Hierüber kann nach der Praxis der Bundesbehörden kein Zweifel

^{12^a)} B. G. IV 353 E. 3.

^{12^b)} B. G. IV 119 E. 1 222 ff.

¹³⁾ cf. U. 289 (1850), 296 (1851), 134 E. 4 (1859), B. 1874 I 1097—1100 in S. Wieland, 1874 III 397 ff. in S. Carisch. Die Bundesversammlung kassirte zwar die beiden letztgenannten Entscheide, jedoch aus anderweitigen, hier nicht in Betracht fallenden Gründen. cf. f. B. 1871 III 387.

¹⁴⁾ cf. U. 542 (1849), 289 (1850) und hiezu B. 1851 II 330, 291 (1850 u. 1851), B. 1851 II 330, 1859 I 376—382, U. 255 E. 5 (1859), B. G. V 324. Dies geschieht nach unserer Ansicht auch da, wo der Beklagte eventuell Anträge in der Sache stellt. cf. Ziff. 4. Dag. Roguin S. 35.

herrschen.¹⁵⁾ Jedoch gilt dies nur vom Beklagten, nicht dagegen von dem allfällig neben demselben stehenden Litisdenunziaten. Der letztere wird von der Prorogation nicht berührt.¹⁶⁾ cf. § 38 Note 3 und 4.

8. Was sodann die wichtige Kontroverse anbelangt, ob die Prorogation auch begründet werde durch Einlassung vor dem Friedensrichteramt, so besitzen wir in dieser Hinsicht leider keine ganz konstante Bundespraxis.¹⁷⁾ Die Frage ist indessen im Zweifel wol richtiger prinzipiell zu verneinen; denn das Friedensrichteramt ist seinem Charakter nach nicht Jurisdiktionsstelle, sondern blosser Sühnbehörde, und den Verhandlungen vor demselben kann nicht die Bedeutung der Uebernahme des Prozesses beigemessen werden, ihr Zweck ist vielmehr gerade die Vermeidung dieses letztern. Anders, wenn nach der Landesgesetzgebung die Einlassung vor Friedensrichteramt als Litiskontestation gilt, wie z. B. in Waadt. Jedenfalls

¹⁵⁾ Im allgemeinen ist dies anerkannt in folgenden Präjudizien: U. 290 (1849), 253 E. 9 (1855), 911 E. 4 (1856), 293 E. 3 (1860), 893 E. 4 (1861), 856 E. 4 (1863), B. 1866 I 452 E. 2, 1867 III 20 E. 2, 5, 1871 II 382 E. 5, B. G. I 226, III 254 E. 3, 625 E. 4, IV 353 E. 2, VI 536 E. 3. Nicht entgegengestehend ist U. II S. 234 E. 3, wie sich aus der bezüglichen Erläuterung bei U. 911 E. 5 ergibt. cf. Deutsche Civ. Proz. O. § 39, Bar 450, Roguin S. 36. Im einzelnen: Erklärung des Beklagten, dass er sich auf die Klage einlasse: B. G. IV 354. Bestreitung der Klagethatsachen: B. 1867 III 20 E. 2, 1868 II 792 E. 4, von der B. Vers. bestätigt, s. B. 1869 I 984, s. f. B. 1871 II 382 E. 5, Antrag auf Abhörung von Zeugen: B. 1867 III 20 E. 2. Stellung einer Widerklage: U. 911 E. 4 (1856). Wiederholte Theilnahme an Verhandlungen über Zwischenfragen, z. B. darüber, ob die Widerklage zuerst behandelt werden müsse: B. G. IV 354. Antrag auf Verschiebung der Verhandlung: B. 1867 III 20 E. 5, anders, wenn der Verschiebungsantrag bloss zu dem Zwecke gestellt wird, um im neuen Termin die Kompetenz zu bestreiten: B. 1875 I 207—214, III 618 E. 1.

¹⁶⁾ cf. U. 232 (1859) in S. Engensperger, B. 1873 II 32—34 in S. Müller. Anders wurde im J. 1874 entschieden in S. Schenardi, B. 1875 I 207—214 E. 6.

¹⁷⁾ Prorogation wurde z. B. angenommen in dem Präjudiz bei U. 856 E. 4 (1863). Dieser Entscheid wurde zwar von der Bundesversammlung bestätigt, den Ausschlag scheinen aber andere Erwägungspunkte gegeben zu haben, s. B. 1864 II 333, 350, 551. Gerade mit Verweisung auf diesen Bundesbeschluss verneinte dann der Bundesrath in S. Kradolfer die vorliegende Frage, s. B. 1866 II 452 E. 2, ebenso in S. Rimensperger, s. B. 1870 II 574—579, und letzterer Entscheid ist von der Bundesversammlung bestätigt worden, s. B. 1870 II 59, 60, übereinstimmend B. G. III 447 E. 2.

aber tritt der prorogatorische Effekt ein, wenn und insoweit dem Sühnbeamten richterliche Kompetenz zusteht.¹⁸⁾

9. Mehrmals hatten die Bundesbehörden darüber zu entscheiden, wie es zu halten sei im Falle einer sich in den einzelnen Schritten widersprechenden Handlungsweise des Beklagten, wenn derselbe nämlich zwar einerseits gegen die Kompetenz protestirt, anderseits aber doch wieder Vorladungen vor das angeblich inkompetente Gericht annimmt, im Termine erscheint, auf die Klage materiell eintritt und überhaupt am Prozesse Theil nimmt. Die Motive eines Verhaltens der bezeichneten Art sind unschwer zu erkennen. In der Regel waltet dabei der Hintergedanke ob, im Falle des Unterliegens das Urtheil wegen Inkompetenz anzufechten, und sodann, im Besitz des gegnerischen Materials, den Prozess neuerdings zu beginnen. Derartige Tendenzen verdienen aber offenbar keinen Schutz, und wir billigen daher die Praxis des Bundesrathes, welcher in allen Fällen, wo die gerichtsablehnende Einrede nicht bestimmt und unzweideutig festgehalten wurde, die Prorogation angenommen hat.¹⁹⁾

§ 29. 2) Der heimatliche Gerichtsstand.

Neben dem *forum domicilii* galt im römischen Recht als allgemeiner Gerichtsstand das *forum originis*, welches begründet wurde durch die Zugehörigkeit des Beklagten an ein römisches Municipium und für alle römischen Bürger, wo sie sich aufhalten mochten, unter gewissen Vorbehalten in der Stadt Rom, als der „*communis patria*“ bestand.¹⁾ — Wesentlich verschieden hievon ist der heimatliche Gerichtsstand unseres schweizerischen Rechtes, welcher sich seit dem 16. Jahrhundert, in engem Anschlusse an die Entwicklung des Gemeindebürgerrechts und die damit zusammenhängende bürgerliche Unterstützungspflicht, sowie unter dem Einflusse der mit Frankreich

¹⁸⁾ Uebereinstimmend B. G. I 201, 202, s. f. III 447 E. 4.

¹⁹⁾ cf. U. 880 (1863) in S. Häusser. Die Bundesversammlung kassirte zwar diesen Entscheid, jedoch nur, weil sie bezüglich der thatsächlichen Verhältnisse des Falles abweichender Ansicht war und ohne dem vom Bundesrath aufgestellten Prinzip entgegenzutreten. Uebereinstimmend f. B. 1867 III 16—20 in S. Béguin, 1868 II 786—792 in S. Baumgartner, von der B. Vers. bestätigt, s. B. 1869 I 984, f. U. 876 (1862), B. G. IV 355. Roguin S. 37 betont dagegen, dass im Zweifel der Verzicht auf den Art. 59 nicht anzunehmen sei. cf. oben S. 35 IV, B. G. V 16, VI 10 E. 2.

¹⁾ cf. Savigny, System des R. R., Bd. VIII S. 42 ff.

abgeschlossenen Staatsverträge ausgebildet hat.²⁾ Das schweizerische forum originis qualifiziert sich als spezieller Gerichtsstand, indem dasselbe nur für gewisse Arten von Klagen besteht. Im allgemeinen umfasst dieses Forum diejenigen Ansprachen und Rechtsverhältnisse, welche mit der persönlichen Rechtsstellung des Beklagten in einem innern Zusammenhange stehen, wie die persönliche Handlungsfähigkeit, Ehe, Vormundschaft, Erbrecht. Nach allen diesen Richtungen ist dessen Geltung aber nicht auf die privatrechtlichen Ansprachen beschränkt, vielmehr reicht dieser Gerichtsstand hinüber ins Gebiet des öffentlichen, namentlich des Verwaltungsrechts, und spielt hier eine sehr wichtige Rolle.

Die Frage, ob der heimatliche Gerichtsstand mit dem Art. 59 vereinbar sei, beantwortet sich darnach, ob die betreffende Ansprache persönliche Natur habe oder nicht; im erstern Falle wäre dieses Forum offenbar unzulässig, im letztern dagegen selbstverständlich statthaft. In dieser Hinsicht ist von besonderm Interesse, dass der heimatliche Gerichtsstand von der Mehrzahl der Kantone auf dem Wege des Konkordates in ausgiebigem Masse für Rechtsverhältnisse vereinbart wurde, welche oft von einem Kanton in den andern hinüberreichen. Es fallen hier folgende Konkordate in Betracht:

1.³⁾ Das Konkordat „über vormundschaftliche und Bevogtungs-Verhältnisse“, vom 15. Juli 1822 (O. S. II 34). Dasselbe gilt zur Zeit in den Kantonen Zürich, Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden, Zug, Freiburg, Solothurn, Schaffhausen, Appenzell, Aargau und Tessin. Durch dieses Konkordat ist für die Bestellung und Verwaltung der Vormundschaft — dringliche Massnahmen, wie Inventarisierung und Besiegelung der Verlassenschaft ausgenommen — das Recht und der Gerichtsstand des Heimortes festgesetzt.⁴⁾

²⁾ Dieser Entwicklungsgang ist äusserst interessant und für die Kulturgeschichte der Schweiz charakteristisch. Eine anziehende Darstellung giebt hierüber Dr. Nüscheler in seiner Abhandlung „Beiträge zur Geschichte des heimatlichen Gerichtsstandes“ (Diss.). Zürich 1880.

³⁾ Das Konkordat vom 6. Juli 1821, welches die Ehescheidungsklagen dem heimatlichen Richter überwies, ist aufgehoben durch das Bundesgesetz über die Feststellung und die Beurkundung des Civilstandes und die Ehe, vom 4. Christmonat 1874, Art. 62 Ziff. 5.

⁴⁾ Ebenso im Staatsvertrag mit Frankreich vom Jahr 1869, Art. 10, cf. Curti S. 112.

2. Das Konkordat über „Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse“, vom 15. Juli 1822 (O. S. II 36). Dasselbe besteht zwischen Zürich, Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden, Solothurn, Schaffhausen, Appenzell, Aargau, Tessin. Dieses Konkordat sanktionirt für das Erbrecht mit Ausnahme der Bestimmungen über die äussere Form der Testamente, ferner für die Eheverkommenisse und Eheverträge zunächst das Gesetz und sodann auch den Gerichtsstand des Heimortortes.

Beide Konkordate bleiben gemäss § 2 der Uebergangsbestimmungen zur neuen B. Verf. so lange in Kraft, bis das Ausführungsgesetz zu Art. 46 der B. Verf. erlassen sein wird.⁵⁾ cf. S. 21. Durch die genannte Bundesvorschrift ist für die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen als Regel das Recht und die Gesetzgebung des Wohnortes in Aussicht genommen.

Was nun das erste dieser beiden Konkordate anbelangt, so hat dasselbe wol nur Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtlicher Natur im Auge⁶⁾ und wird daher vom Art. 59, welcher sich bloss auf privat- und vermögensrechtliche Ansprachen bezieht (cf. § 20), nicht berührt. Auch mit Bezug auf das Konkordat betreffend Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse wird allgemein angenommen, dass dasselbe keinen Widerspruch mit dem Art. 59 enthalte. Nachdem die Erbtheilungsklage, nach unserm Dafürhalten ganz richtiger Weise, vom Bundesgericht als Ansprache unpersönlicher Natur erklärt worden ist (cf. S. 136, 120), dürfen wir dieser Annahme ohne Bedenken beitreten.

§ 30. 3) Der Gerichtsstand vertraglicher Verbindlichkeiten.

I. Das *forum contractus* oder der Gerichtsstand des Vertrages beruht auf dem gemeinrechtlichen Satz, dass für Klagen aus vertragsmässigen Verbindlichkeiten das Gericht des Erfüllungsortes — nach einer ältern Theorie dasjenige des Entstehungsortes der Obligation — zuständig sei. Dieser Gerichtsstand wird weiterhin ausgedehnt auf die *obligationes quasi ex contractu*, und als Unterart desselben führt man häufig das „*forum gestae administrationis*“ an,

⁵⁾ cf. z. B. B. G. I 64, 196 E. 7, 390.

⁶⁾ Auf die Vormundschaftsklage, welche als persönliche Ansprache zu betrachten ist (cf. S. 128), bezieht dasselbe sich offenbar nicht.

wonach Klagen aus geführter Verwaltung am Sitze dieser letztern angestellt werden können. Hie und da besteht die Vorstellung, das *forum contractus* sei im Grunde nichts anderes als eine besondere Anwendung des *forum prorogatum*, indem der Schuldner sich bei jeder Obligation stillschweigend dem Gerichtsstande des Erfüllungsortes unterwerfe.¹⁾ Wäre dem so, dann dürfte die Zulässigkeit des *forum contractus*, auch für interkantonale Streitigkeiten, nicht in Zweifel gezogen werden. cf. § 28 I. Jene Willensinterpretation ist indessen entschieden unrichtig, wenigstens in der behaupteten Allgemeinheit. In Fällen, wo der Wohnsitz des Schuldners und der Erfüllungsort der Obligation nicht zusammentreffen, wird im Gegentheil eher anzunehmen sein, der Schuldner behalte sich das Gericht seines Wohnortes vor.²⁾ Gezwungen und den thatsächlichen Verhältnissen widersprechend ist ferner offenbar auch die Konstruktion, welche Mühlenbruch³⁾ dem *forum contractus* giebt und wornach der genannte Gerichtsstand daraus zu erklären wäre, dass jeder Schuldner stillschweigend am Erfüllungsorte der Obligation für die bezüglich Klagen ein partielles Domizil, eine Art Zweigniederlassung begründe.^{3a)} — Zur Beantwortung der Frage, ob der Gerichtsstand des Vertrages mit dem Art. 59 vereinbar sei, genügt der Hinweis auf den Wortlaut jener Bundesvorschrift, wornach der in der Schweiz wohnhafte aufrechtstehende Schuldner für persönliche Ansprachen an seinem Wohnort gesucht werden muss. Unzweifelhaft ist in Folge dieser Bestimmung der genannte Gerichtsstand, wenigstens was die interkantonalen persönlichen Rechtsstreitigkeiten anbelangt, ausgeschlossen.⁴⁾ Man muss sogar an-

¹⁾ cf. z. B. Briel „Der Gerichtsstand aus persönlichen Verbindlichkeiten“, München 1828, S. 14, 75 ff. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 16 ff. Francke „Gem. u. Schlesw.-Holst. Civ. Proz. § 56, s. auch Savigny a. a. O. VIII S. 206 ff., insbesondere S. 220, 227 u. U. 257 E. 3 (1852).

²⁾ cf. Zachariae § 146, Blumer 1. Aufl. S. 287, U. 248. cf. S. 74 zu N. 9.

³⁾ cf. Archiv f. d. Civ. Praxis, Bd. XIX S. 337 ff.

^{3a)} Der Begriff der Zweigniederlassung ist ein anderer. cf. § 18 I, III.

⁴⁾ U. 854 E. 3 (1849), 313 E. 1 (1852), 253 E. 6 (1855), 863 E. 1 (1860), B. 1864 III 152, 1872 III 233 ff. E. 1, 1873 I 409 ff. E. 6, B. G. III 54 E. 4, 45 E. 3, 491 E. 6, IV 557 E. 4, cf. Blumer I 465, Heusler, for. contr. S. 48 ff. 61, f. im Entw. z. Schweiz. H. Ges. B. S. 80, Roguin S. 10. Ebenso verhält es sich mit dem *for. gestae administr.* B. G. III 45 E. 3, 491 E. 6, cf. S. 13 N. 2 und oben S. 78 ff. 84. Der Staatsvertrag mit Frankreich, vom Jahr 1869, enthält ein *forum contractus*, jedoch in sehr verkümmerter Form, in Art. 1 l. 3, lautend:

nehmen, dass gerade gegen den genannten Gerichtsstand die Spitze des Art. 59 gerichtet sei; denn kein anderer steht so sehr wie dieser im Widerspruch mit dem Gedanken der Bundesvorschrift und letztere würde durch Anerkennung des gemeinrechtlichen *forum contractus* beinahe allen Werthes beraubt. Die Unzulässigkeit dieses Gerichtsstandes wird übrigens heute nicht mehr bestritten. Nach der bundesrechtlichen Praxis, welche den Art. 59 nur auf interkantonale Rechtsstreitigkeiten anwendet (cf. § 4), verbleibt dagegen den Kantonen das Recht, das *forum contractus* wenigstens für die Fälle vorzuschreiben, in denen der Erfüllungsort der Obligation resp. „Sitz des Vertrages“ sich im Wohnsitzkanton des Schuldners befindet.⁵⁾

II. Der bundesrechtliche Ausschluss des *forum contractus* ist oft als eine Härte empfunden worden. Für den genannten Gerichtsstand tritt namentlich Professor A. Heusler in seiner auf S. 1 citirten Abhandlung mit Wärme ein. Derselbe führt an, dieser Gerichtsstand sei in den Anschauungen und dem Rechtsgefühl des Volkes durchaus fest begründet, — nach unserer Ansicht das Wichtigste, was zu Gunsten eines Rechtsinstitutes gesagt werden kann. In dieser Hinsicht weist A. Heusler nach, dass das *forum contractus* schon in der alten Eidgenossenschaft in bedeutendem Umfange gegolten habe und zwar gerade im interkantonalen Recht. Das *forum contractus* bestand nämlich, wie insbesondere auch Welti (a. a. O. S. 15 ff.) überzeugend entwickelt, schon in den ältesten Bünden für die Bürgschaft, indem der Bürge in Gemässheit des ältern deutschen Rechts in jeder Hinsicht und auch mit Bezug auf den Gerichtsstand an Stelle des Hauptschuldners trat, und im fernern war durch das alte Pfändungsrecht namentlich für die „gichtigen“ und die „kuntlichen“ Schulden die Vollziehbarkeit des Vertrages am Orte der Entstehung desselben gesichert (cf. S. 2 N. 3) und hiemit für diese

„Wenn jedoch die Klage auf Erfüllung eines Vertrages geht, der vom Beklagten entweder in der Schweiz oder in Frankreich, aber ausserhalb des Bereiches des erwähnten natürlichen Richters eingegangen worden ist, so kann dieselbe beim Richter des Ortes angehoben werden, wo der Vertrag geschlossen wurde, insofern die Parteien zur Zeit, wo der Prozess anhängig gemacht wird, daselbst ihren Aufenthalt haben.“ Ueber letzteres Erforderniss cf. S. 51 N. 12, cf. Curti a. a. O. S. 53 ff. und ferner in historischer Beziehung Welti a. a. O. S. 42 ff., cf. § 6.

⁵⁾ U. 253 E. 3, 863 (1860), B. 1872 II 488 ff. 565 ff.

ein dem *forum contractus* ähnliches Verhältniss geschaffen. Welti zeigt im weitem, dass später, im 16. Jahrhundert, als mit Bezug auf die Bürgschaft die römischrechtlichen Grundsätze zur Geltung kamen und das alte Pfändungsrecht mehr und mehr ins Dunkle und in Vergessenheit gerieth, das *forum contractus* in die wichtigsten Staatsverträge mit dem Auslande aufgenommen wurde, so namentlich in ganz allgemeiner Fassung fakultativ, neben dem Gerichtsstand des Wohnorts, in die Kapitulate der katholischen Orte mit Mailand, von 1587 und 1705, und in die Verträge mit Frankreich, hier allerdings nur in verkümmelter Form. — Heusler macht sodann darauf aufmerksam, dass die neuere kantonale Gesetzgebung dem *forum contractus* nicht ungünstig sei, indem dieser Gerichtsstand seit dem Jahr 1848 ganz allgemein in zwei Prozessordnungen Aufnahme gefunden habe, derjenigen von Aargau vom Jahr 1851 (Art. 11) und Thurgau vom J. 1867 (Art. 11). Als Verhältnisse, für welche das *forum contractus* besonders zu wünschen sei, hebt Heusler diejenigen des Kleinverkehrs in Grenzgebieten, sodann überhaupt den Marktverkehr hervor. Derselbe bezeichnet im fernern auch den Gerichtsstand für Handelssachen am Sitze des Etablissements als etwas höchst Wünschenswerthes. Namentlich in letzterer Hinsicht verdient die Anregung in hohem Grade Beachtung. Wir sind gleichwie Heusler der Meinung, dass die gegenwärtige Konstruktion des letzterwähnten Gerichtsstandes unhaltbar sei, und dass derselbe ein *forum contractus* enthalte. cf. S. 78 ff. Als Weg, auf welchem diesen Desiderien Rechnung getragen werden kann, bleibt demnach einzig die Revision des Art. 59 übrig. Professor Heusler schlägt diese in der That vor und befürwortet, dabei das *forum contractus* ganz allgemein, fakultativ neben dem ordentlichen Gerichtsstande des Wohnsitzes aufzunehmen. Hierüber noch ein Wort am Schlusse dieser Abhandlung.

§ 31. 4) Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, im strafprozessualischen und civilprozessualischen Sinn.

I. Unter dem *forum „delicti commissi“* wird in der Regel und zunächst dasjenige strafprozessualischen Sinnes verstanden, auf dem Grundsatz beruhend, dass für die Strafklage der Richter des Ortes zuständig ist, an welchem die strafbare Handlung begangen wurde. Da die Strafklage ausschliesslich das Strafrecht

des Staates zum Gegenstande hat, dieses aber öffentlich rechtlicher Natur ist, so fällt dieselbe nicht unter den Art. 59, welcher, wie in § 20 I erörtert wurde, nur die privatrechtlichen Ansprachen im Auge hat. Hieraus ergibt sich, dass der Art. 59 dem genannten Gerichtsstand nicht entgegensteht, vielmehr gehört derselbe wesentlich mit zur Souveränität der Kantone auf dem Gebiet der Strafrechtspflege.¹⁾

II. Gewissermassen auf der Grenze zwischen dem Civil- und Strafrecht stehen die Ehrverletzungsklagen. Längere Zeit hindurch war die bundesrechtliche Praxis mit Bezug auf deren Qualifikation schwankend.²⁾ Seit dem Jahre 1857 und insbesondere seit den Beschlüssen der Bundesversammlung in den Rekursfällen Häusser u. Bise, im Jahre 1863, hat sich jedoch die Rechtssprechung in dieser Hinsicht durchaus konsolidirt und es gelten nunmehr folgende Grundsätze.³⁾ Für jede einzelne Injurienklage ist zu untersuchen, ob dieselbe ihrem Wesen und Inhalte nach civilrechtlichen oder strafrechtlichen Charakters sei. Hiebei ist zunächst von Bedeutung, in welchem Sinne die Ehrverletzungsklage von der Gesetzgebung des Begehungsortes aufgefasst werde, sodann aber der Inhalt des

¹⁾ U. 240 (1851), 279 (1853), 303 E. 20 (1854), 280 (1856), 878 (1857), 278 (1858), 881 E. 1 (1862), 883, 884 (1863), B. 1864 I 181, 1865 II 177, 1866 II 581 ff., III 347 ff., 1867 I 618, 619 ff., III 85 E. 3, von der B. Vers. bestätigt, cf. B. 1868 II 481, 1867 III, 197 ff., 1870 II 581 E. 1, Geschäftsbericht 1873 S. 372, B. G. I 178 E. 3, 191 E. 5, 260 E. 8, III 457 ff., IV 12. Das forum delicti commissi ist sowol in exclusiver Form zulässig als auch konkurrirend mit dem Gerichtsstand des Wohnorts, U. 278 (1858), 881 (1862), B. 1865 II 175, 1870 II 150—158, B. G. V 448 E. 2. Zur Kompetenz des Strafrichters gehört auch die Entscheidung der Frage, ob der Strafprozess sistirt werden solle bis nach Austrag der mit demselben verwandten Civilsache. B. G. I 184 E. 2.

²⁾ cf. Blumer, a. a. O. 1. Aufl. Vorrede zu Bd. I S. I ff., zu Bd. II S. VI, 2. Aufl. I S. 425. Mit der spätern Ausbildung der Bundespraxis steht namentlich der Entscheid bei U. 280 (1856) in grellem Widerspruch.

³⁾ cf. folgende bundesrätliche Entscheide: U. 281 E. 3 (1857), 282 (1858), 880 (1862 in S. Häusser), 883 in S. Bise, 884 (1863), 1866 III 347, 353, 1867 I 618, 619, III 825 E. 3, 5, 1870 II 150—158, 934—939, 1873 III 661—665, u. f. Beschlüsse der Bundesversammlung: in S. Häusser, U. 880, B. 1863 II 63, I 471 ff., — in S. Bise, U. 883, B. 1863 III 257—265, 626—633, — in S. Müller, B. 1868 I 5—7, 707—711, II 481, 1867 III 65, — in S. Gschwind, B. 1870 II 934 ff., III 1087, 1871 I 438 ff. u. B. G. I 178 E. 3, V 448, VI 14, 76.

Klagebegehrens selbst.⁴⁾ In ersterer Hinsicht kommt es darauf an, ob die Ehrverletzungsklagen vorwiegend als Strafklagen oder mehr als Zivilklagen behandelt werden. Jenes ist z. B. dann anzunehmen, wenn von den Injurien im Strafgesetz die Rede ist und dieselben mit Strafen, insbesondere Freiheitsstrafen, bedroht sind. Umgekehrt darf auf die civilrechtliche Natur dieser Ansprachen geschlossen werden, wenn von denselben im Civilgesetzbuch, als einer Ansprache aus unerlaubter Handlung, gehandelt wird. Als unwesentlich erscheint dagegen der Umstand, ob die Anstellung der Klage dem Ermessen des Verletzten anheimgegeben sei, da dies auch bei unzweifelhaft strafrechtlichen Klagen, überhaupt bei den sog. „Antragsrechten“ zutrifft. Ebenso wenig entscheidet der vorgeschriebene Prozessweg oder der Charakter des Gerichts, an welches die Injurienklagen gewiesen sind, unbedingt über deren Natur.⁵⁾ Was sodann den Inhalt des Klagebegehrens anbelangt, so wird man strafrechtlichen Charakter da anzunehmen haben, wo in der Hauptsache die Bestrafung des Gegners verlangt wird, wenn auch bloss solche mit einer Geldbusse, denjenigen einer Zivilklage dagegen, wenn das Rechtsbegehren auf Zusprechung einer Entschädigung oder Genugthuung durch Satisfaktionserklärung u. s. w. geht.⁶⁾ Bloss nebensächliche, persönliche Ansprachen, welche dem Hauptantrage beigefügt zu werden pflegen, z. B. das Begehren um Prozessentschädigung, vermögen den Charakter der Strafklage nicht zu ändern, und es ist deren adhäsionsweise Behandlung im Gerichtsstande des Deliktes zulässig.⁷⁾ Bei Ehrverletzungsklagen, welche durch das

⁴⁾ B. G. I 178, V 448, VI 14. Roguin, S. 108, meint, das entscheidende Gewicht sei auf den Inhalt des Klagebegehrens zu legen. Dies ist wol an sich richtig (cf. oben S. 98), es muss aber angenommen werden, der Kläger wolle diejenige Ehrverletzungsklage, welche der betr. Kanton überhaupt gestattet.

⁵⁾ cf. insbesondere den Entscheid der B. Vers. in S. Häusser, U. 880 (1863), f. U. 305 E. 5 (1858), 874 E. 3 (1861), B. 1866 I 456 E. 3, 1867 III 85 E. 5, 1868 I 710, 1873 III 665 E. 4, IV 179, cf. B. G. II 53 E. 5, III 615 E. 1.

⁶⁾ cf. Roguin S. 107. In den meisten Kantonen wird die Injurienklage — gewiss mit Recht — als Strafklage behandelt. Durch die Bundespraxis ist dies festgestellt mit Bezug auf Waadt, Aargau, Glarus, St. Gallen, Schwyz, Appenzell A.-Rh., Baselstadt, Schaffhausen, Luzern, Zürich und Bern. Solothurn giebt dem Verletzten die freie Wahl zwischen der Civil- und der Strafklage. Hier ist also ausschliesslich das Klagebegehren entscheidend.

⁷⁾ cf. U. 280 (1856), den Entscheid der B. Vers. in S. Müller B. 1868 I 5, ff. u. B. G. VI 14. cf. § 32 III. Uebereinstimmend Roguin S. 108. Dieser

Mittel von Briefen begangen werden, ist für den Gerichtsstand der Strafklage der Ort massgebend, an welchem das Vergehen zur Vollendung gelangte, und als solcher gilt nunmehr in der Bundespraxis, im Einklang mit der Doktrin, derjenige Ort, an welchem der injuriöse Brief in den Besitz resp. zur Kenntniss des Adressaten gelangt.⁸⁾

III. Mit dem *forum contractus* verwandt⁹⁾ ist das *forum delicti commissi* im engern oder civilprozessualischen Sinn. Dasselbe beruht auf dem Grundsatz, dass Forderungen aus Delikt oder Quasidelikt selbständig, nicht blos adhäsionsweise, bei dem Gericht eingeklagt werden können, in dessen Sprengel die den Klagegrund bildende unerlaubte Handlung begangen worden ist. Dieser Gerichtsstand beruht einerseits auf Rücksichten der Billigkeit, indem man den durch ein Delikt Geschädigten nicht nöthigen will, dem Verletzer an seinen Wohnort zu folgen, und anderseits auf Zweckmässigkeitsgründen, — weil die Erhebung des Beweises der unerlaubten Handlung am leichtesten am Begehungsorte geschehen kann und der Richter dieses Ortes die Klage am besten zu würdigen im Stande ist. Da dieser Gerichtsstand auch in schweizerischen Civilprozessordnungen Eingang gefunden hat¹⁰⁾, so entsteht die Frage

Schriftsteller wirft die Frage auf, welche Natur dem Klagebegehren zuzuschreiben sei, wenn dasselbe zwar auf Genugthuung, jedoch nicht durch Zahlung einer Geldsumme, sondern z. B. durch Widerruf oder öffentliche Ehrenerklärung resp. Abbitte geht. Roguin hebt hervor, dass richterliche Auflagen dieser Art in der Volksanschauung eher als Strafen gelten und hier nicht wol von einem „Schuldner“ im Sinne von Art. 59 geredet werden könne. Nichtsdestoweniger hält derselbe Klagebegehren genannter Art für persönlich und civilrechtlich, weil es nicht wesentliches Erforderniss der persönlichen Ansprachen sei, dass sie auf Geld gehen. Wir möchten dem letztern Argument durchaus nicht entgegenreten, erblicken aber in einem Petitum bezeichneten Inhaltes einen Strafantrag und zwar aus den Gründen, welche Roguin selbst zunächst anführt.

⁸⁾ Entscheid der B. Vers. in S. Häusser, U. 880 (1862), f. B. 1867 I 619, 620, III 84 E. 1, in S. Müller, bestätigt von der B. Vers. cf. die Berichte von N. R. Bünzli B. 1868 I 5 ff. u. St. R. Häberlin 707 ff. B. G. I 179 E. 4, VI 13, 77.

⁹⁾ Indessen keine Unterart desselben, cf. Renaud Civ. Proz. § 38.

¹⁰⁾ Ganz allgemein ist derselbe z. B. rezipirt in den Proz. O. von Zürich § 216, Schwyz § 15, Bern § 13, St. Gallen Art. 5, in beschränktem Umfange in Solothurn § 24, Luzern § 53, Thurgau § 9. Dagegen setzen folgende Staatsverträge über den Schutz des sog. „literarischen, künstlerischen und industriellen Eigenthums“ das *Forum delicti commissi* allgemein für „Klagen“ wegen bezüglicher Rechtsverletzungen fest: der Staats-Vertrag mit Frankreich, vom 30. Brachmonat 1864, Art. 45, s. A. S. VIII 334 ff., cf. B. G. I 404, Staats-Vertrag

nach dessen Zulässigkeit. Es ist zuzugeben, dass für denselben die hervorgehobenen Billigkeits- und Zweckmässigkeitsgründe in hohem Masse sprechen, und da, wo der Beklagte in einem andern Kantone als dem des Begehungsortes wohnt, erscheint es als besonders hart, den Verletzten an den Gerichtsstand des Wohnortes zu weisen, indem derselbe Gefahr läuft, seine Ansprache nach einem ihm ungünstigeren Gesetz beurtheilt zu sehen. Entscheidend ist aber zu Ungunsten des Gerichtsstandes, dass auch die Forderungen aus unerlaubten Handlungen unzweifelhaft persönlicher Natur sind, und dass irgend ein Grund zur Annahme, dass der Art. 59 dieselben nicht im Auge habe, nicht gefunden werden kann. cf. S. 104 VI. Der Bundesratli hat in zwei Entscheidungen das *forum delicti commissi* civilprozessualischen Sinnes als mit dem Art. 59 unvereinbar erklärt, und ebenso in einem Rekursfalle das Bundesgericht.¹¹⁾

§ 32. 5) Der Gerichtsstand des sachlichen Zusammenhanges, — der Adhäsion.

I. Gegenstand der folgenden Erörterungen bildet die Frage, ob und in wie weit eine persönliche Ansprache desswegen vor einem andern Forum als demjenigen des Domizils des Schuldners eingeklagt werden dürfe, weil dieselbe mit einer andern gleichzeitig angebrachten Ansprache in sachlichem Zusammenhange steht. Der Gerichtsstand des sachlichen Zusammenhanges oder der Konnexität, dessen Umfang im gemeinen Recht bekanntlich bestritten ist, findet sich nämlich auch in einzelnen kantonalen Prozessordnungen und zwar meist in der Weise, dass das Gericht der Hauptsache entweder im allgemeinen oder doch in einzelnen Fällen kompetent erklärt wird für die Nebensachen.¹⁾ Auch der Gerichtsstand der inneren

mit Belgien, vom 25. April 1867, Art. 25, s. A. S. IX 114 ff., Staats-Vertrag mit Italien, vom 22. Juli 1868, Art. 25, s. A. S. IX 680 ff., Staats-Vertrag mit dem Norddeutschen Bund, vom 1. Sept. 1869, Art. 26, s. A. S. IX 919 ff., Staats-Vertrag mit Bayern, Würtemberg und Hessen, vom 1. Mai 1870, Art. 26, s. A. S. X 126 ff. Der Staats-Vertrag mit Frankreich, vom 15. Juni 1869, enthält das *forum delicti commissi* nicht, Curti (a. a. O. S. 25) erblickt hierin einen Mangel desselben.

¹¹⁾ U. 281 E. 3 (1857), B. 1866 III 347 ff. und B. G. V 301. Uebereinstimmend Roguin S. 10, cf. Curti S. 21 ff., 25, Heusler S. 85.

¹⁾ Proz. O. von Zürich § 222, Bern § 16, Luzern § 54, Solothurn § 26, Aargau § 15, Schwyz § 17, Zug § 13.

Verwandtschaft scheint zunächst durch die strikte Fassung des Art. 59 ausgeschlossen.²⁾ Denn eine Ansprache persönlicher Natur verliert diese Eigenschaft offenbar nicht in Folge ihrer Konnexität mit einer unpersönlichen z. B. dinglichen Ansprache und ebenso wenig desswegen, weil sie sich im Vergleich zu einer andern bloss als Nebensache qualifiziert. Der Bundesrath hat indessen stets dahin entschieden, das Gericht der Hauptsache sei auch kompetent für die auf denselben thatsächlichen Verhältnissen beruhenden Nebensachen.³⁾ Zur Begründung hat derselbe sich einerseits darauf berufen, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze die Unterordnung der Nebensache unter das für die Hauptsache kompetente Gericht fordern⁴⁾, und anderseits angeführt, die Geltendmachung von Nebensachen erfolge nicht in Form eines selbständigen Angriffes, sondern als Zusatz zum Klagantrag; — während der Art. 59 nur von denjenigen persönlichen Ansprachen reden wolle, die mit einer selbständigen Klage verfolgt werden.⁵⁾

Das erstere Argument ist schon oben, in § 3 VI, besprochen worden, und es ist allerdings davon auszugehen, dass zur Kompetenz für eine Ansprache auch die Beurtheilung untergeordneter Nebensache gehöre. Durchschlagend scheint aber vollends der zweite Grund. Die Fassung des Art. 59, worin der Gerichtsstand des Wohnortes nur dann vorgeschrieben wird, wenn „der Schuldner“ für persönliche Ansprachen „gesucht“ wird, berechtigt gewiss zur Annahme, dass hiebei nur selbständige Klagen verstanden werden wollten, nicht auch blosse Nebensachen, welche anhangsweise mit dem Hauptantrag verbunden zu werden pflegen, wie z. B. das Be-

²⁾ S. Kaiser S. 189 hält denselben für unzulässig.

³⁾ Ganz allgemein ist dies z. B. ausgesprochen in U. 286 (1851), B. 1868 II 471. — cf. oben S. 18. Die Bundesversammlung hatte nur in einem einzigen Falle Anlass, sich mit der vorwürfigen Frage zu beschäftigen, i. S. von Grenus. Hiebei sprach sich dieselbe eher gegen die Auffassung des Bundesrathes aus, indem sie dessen Entscheid, soweit derselbe gegen die in Bern wohnenden Beklagten gerichtet war, aufhob, und damit der Erwägung 9 des Bundesrathlichen Beschlusses entgegentrat, worin das forum conn. mat. angenommen worden war. U. 225 (1853). Dem Bundesgericht scheint die Frage noch nicht zum Entscheid vorgelegen zu haben, doch darf aus der Anerkennung, welche das forum adhaesionis in dessen Rechtssprechung gefunden hat (cf. unten III), auch auf diejenige des Gerichtsstandes für konnexe Nebensachen geschlossen werden.

⁴⁾ cf. U. 286, 296 (1851).

⁵⁾ cf. U. 872 E. 2 (1862) u. B. 1866 I, 466 E. 3.

gehren um Prozessentschädigung. Wir sind daher ebenfalls der Ansicht, dass der Art. 59 den Gerichtsstand für konnexe Nebensachen nicht ausschliesse, möchten aber betonen, dass nicht das Verhältniss der Konnexität, sondern einzig die Eigenschaft der Nebensächlichkeit einer Ansprache diesen Gerichtsstand zu rechtfertigen vermag.⁵⁾ Wo letztere nicht vorhanden ist, scheint uns das genannte Forum durch den Art. 59 ausgeschlossen.

II. Als konnex gelten im allgemeinen diejenigen Ansprachen, welche auf die nämlichen thatsächlichen Verhältnisse gestützt werden. So beruht z. B. die Alimentationsklage gleich wie die Paternitätsklage auf der behaupteten Thatsache der Vaterschaft des Beklagten. Der Bundesrath hat von jeher entschieden, dass erstere zugleich mit der Vaterschaftsklage am Forum dieser letztern angebracht werden könne⁶⁾; obwol der genannten Klage als Statusklage unpersönliche Natur zukommt, dieselbe auch in der Regel an den heimatlichen Gerichtsstand des Beklagten gewiesen ist, cf. § 24 V. Ob mit dieser Interpretation dem Sinn und Geist des Art. 59 nachgelebt werde, scheint uns nicht ausser Zweifel zu stehen; wir halten dieselbe nur in denjenigen Fällen für richtig, in denen die Klage auf Alimente in der That als das bloss Nebensächliche erscheint, in der Regel wird dies aber kaum der Fall sein, und da es an einem sichern Kriterium für die Intention der Klägerin mangelt, so dürfte es als richtiger erscheinen, das forum connex. materialis für die Alimentationsklage überhaupt zu verneinen.

Niemand wird dagegen bezweifeln, dass das Begehren um Prozessentschädigung ein bloss nebensächlicher Zusatz ist, welcher z. B. bei dinglichen Klagen auch im forum rei sitae angebracht werden kann. cf. § 31, Note 7. — Der Bundesrath hat entschieden, die Klage auf Schadensersatz wegen widerrechtlicher Pfändung dürfe vor dem Gericht gestellt werden, bei welchem die Eigentums-

⁵⁾ Für die Zulässigkeit dieses Gerichtsstandes (Nebensachen) Roguin S. 102, 106, welcher indessen auch dem Umstand der Konnexität Bedeutung beilegt.

⁶⁾ U. 868 (1863), B. 1866 I 465 E. 2, 1871 II 340 ff., 1873 II 29 ff., 1874 I 189. Im Rekursfalle Cornuz ist diese Praxis von der Bundes-Versammlung gutgeheissen worden, cf. B. 1873 III, 1009 ff., 1874 I 189. Für dieselbe Roguin S. 106. Wird dagegen die Alimentationsklage selbständig, d. h. nicht in Verbindung mit der Paternitätsklage gestellt, so gilt für dieselbe auch nach der bundesrechtlichen Praxis die Garantie des Art. 59. cf. oben S. 128 ff.

ansprache an der gepfändeten Sache anhängig ist.⁷⁾ Ebenso sind vom Bundesrath die Bestimmungen kantonaler Prozessgesetze als zulässig erklärt worden, wonach den Advokaten und Prokuratoren gestattet ist, den Klienten für ihre Gebühren und Auslagen vor dem Gerichte zu belangen, bei welchem sie demselben behülflich gewesen sind, — wenn auch der Schuldner in Folge dessen vor das Gericht eines fremden Kantons gezogen werden sollte.⁸⁾ Als eine Unterart des Gerichtsstandes der innern Verwandtschaft wird oft unrichtigerweise das sog. „forum provocationis“ genannt, von welchem in § 36 speziell zu handeln sein wird. cf. § 24 IV.

III. Auch das sog. „forum adhaesionis“ stellt sich, wie die gemeinrechtliche Theorie annimmt, als eine Anwendung des forum connexitatis materialis dar. Dasselbe beruht bekanntermassen auf dem Grundsatz, dass die durch eine strafbare Handlung geschädigte Person, der sogenannte „Damnifikat“, berechtigt sei, die Schadensersatzklage anhangsweise im Strafprozess geltend zu machen. Es erscheint daher nicht als konsequent, wenn der Bundesrath speziell dem forum adhaesionis die Anerkennung verweigert hat.⁹⁾ Die bezügliche Praxis war indessen keine ganz feste und eine gegen-theilige Tendenz tritt namentlich in den Erwägungen über das Forum der Injurienklagen zu Tage, wo angeführt wird, der Richter der Strafklage sei auch kompetent für die mit dieser adhäsionsweise verbundene Civilklage. cf. S. 160. Merkwürdigerweise wurde umgekehrt in einem Spezialfalle ein Strafurtheil der Gerichte von Baselstadt bestätigt, trotzdem das bestrafte Verbrechen (Ehebruch) in Baselland begangen worden und in Baselstadt nur die Scheidungsklage gegen die Delinquentin anhängig gemacht war. Der Bundesrath begründete seinen Entscheid damit, dass es „unzweckmässig sei, die Civilsache und die Strafsache auseinander zu reissen.“¹⁰⁾ Das Bundesgericht hat sich für die Zulässigkeit des Gerichtsstandes der Adhäsion entschieden.¹¹⁾ Wir halten dies nur für diejenigen Fälle

⁷⁾ cf. U. 872 (1862), B. 1868 III 158, 1871 II 376, Geschäftsbericht 1873, S. 370, s. f. U. 255, E. 6 (1858).

⁸⁾ cf. U. 227 (1854), 307 (1860).

⁹⁾ cf. B. 1866 III S. 353 E. 2, von der B. Vers. bestätigt, s. B. 1866 III 398, B. 1867 I 619 E. 1, 621 E. 3, cf. B. G. I 186.

¹⁰⁾ B. 1872 II 493, 494.

¹¹⁾ B. G. I 179 E. 2 und 180 ff., VII 2, 31. Für dieselbe auch Roguin S. 102, Curti S. 26.

richtig, in denen die Schadensersatzklage nach ihrer Bedeutung als das bloss Nebensächliche erscheint, indem dieselbe dann als Nebepunkt zum Ganzen des Strafprozesses gehört. cf. § 3 VI und oben I, II. Darüber, ob diese Voraussetzung vorliege, wird der Richter nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden haben. Es scheint uns daher nicht zutreffend, wenn das Bundesgericht sich zur Begründung dieses Gerichtsstandes vorwiegend auf den Gesichtspunkt der Konnexität stützt und das citirte Forum nur dann zulässt, wenn diese vorhanden ist. cf. oben I.¹²⁾ Dieser Auffassung entspricht es, dass das Bundesgericht annimmt, für persönliche Ansprachen, welche nicht als die direkte Folge des eingeklagten Vergehens erscheinen, bleibe einzig der Richter des Wohnortes kompetent.¹³⁾ Wenn der Angeklagte freigesprochen wird, so kann derselbe vom Strafrichter nicht zum Schadensersatz verurtheilt werden¹⁴⁾; denn mit dem Wegfall des strafrechtlichen Fundamentes werden alle civilrechtlichen Ansprüche selbständig. Der Verurtheilung zu den Gerichtskosten wird aber nichts entgegenstehen, da dieselbe immerhin auf Grund der Annahme eines schuldhaften Benehmens erfolgt. — Dem Bundesgericht lag ein Rekursfall zur Entscheidung vor, in welchem versucht worden war, eine illiquide Ansprache auf Unterstützungsbeiträge wegen Verwandtschaft dadurch vor einen andern Richter als denjenigen des Wohnorts des Beklagten zu bringen, dass dieselbe adhäsionsweise, unter dem Deckmantel einer Strafklage, dem Richter des angeblich begangenen Delikts einer Vernachlässigung der Unterstützungspflicht unterbreitet wurde. Diesen Versuch einer Umgehung des Art. 59 hat das Bundesgericht zurückgewiesen.¹⁵⁾

¹²⁾ Auch Roguin hält den Grund der Nebensächlichkeit für ausschlaggebend, unterlässt aber die bezeichnete Konsequenz zu ziehen und billigt die Praxis des Bundesgerichts im ganzen Umfang. Mit Recht citirt derselbe im fernern zu Gunsten dieses Gerichtsstandes die Motive der Billigkeit und Zweckmässigkeit. Dagegen bezweifeln wir die Richtigkeit des aus der kantonalen Souveränität im Strafrecht gezogenen Schlusses und ganz und gar nicht billigen könnten wir das Argument, dass ein Angeklagter des gerichtlichen Schutzes weniger würdig sei.

¹³⁾ B. G. I 185 E. 4.

¹⁴⁾ B. G. V 301.

¹⁵⁾ B. G. III 615 E. 1.

§ 33. 6) Der Gerichtsstand der Widerklage.

I. Wenn dem Beklagten selbst wieder eine Klage gegen den Ansprecher zusteht, so braucht derselbe nach gemeinem Recht seinen Gegner nicht an dessen Wohnort zu suchen; sondern das Gericht der Klage gilt auch als kompetent für die Widerklage. Den nämlichen Grundsatz enthalten die meisten schweizerischen Prozessordnungen (Note 4) und es fragt sich daher, ob derselbe mit dem Art. 59 vereinbar sei? Sieht man allein auf den Wortlaut der Bundesvorschrift, so wird die berührte Frage verneint werden müssen, denn der Art. 59 sagt kategorisch und ohne Vorbehalt, dass der aufrechtstehende, in der Schweiz domizilierte Schuldner für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnorts gesucht werden müsse. Es kann nun gewiss nicht in Abrede gestellt werden, dass hierin eine Härte liegt, und wenigstens dann erscheint der Ausschluss der Widerklage als unbillig, wenn diese im sachlichen Zusammenhang mit der Hauptklage steht. Im letztern Falle ist es ferner offenbar zweckmässig, dass der Richter der Vorklage die Widerklage beurtheile, da auf diesem Wege die zwischen den Parteien bestehenden, innerlich zusammenhängenden Rechtsbeziehungen in ihrem vollen Umfange zu einheitlicher Erledigung gelangen. Es fragt sich aber, ob diese Gründe der Billigkeit und Zweckmässigkeit genügen, um zum Nachtheil eines Widerbeklagten, der sich dem Richter der Vorklage nicht unterwerfen will, sondern den Art. 59 anruft, den Schutz beim natürlichen Richter zu verweigern. Der Wortlaut der genannten Verfassungsvorschrift enthält nichts von einer solchen Ausnahme und dafür, dass dieselbe im Willen des Gesetzgebers gelegen habe, fehlt es an Anhaltspunkten. Wir kommen daher zur Verneinung der Zulässigkeit dieses Gerichtsstandes. Diese Interpretation mag als eine „starre“, oder (Roguin S. 143) als „jüdische“ bezeichnet werden, — gleichviel! revidire man den Art. 59, wenn er Mängel hat, aber ignorire man denselben nicht! Andere Argumente, als diejenigen der Billigkeit und Zweckmässigkeit lassen sich aber unseres Erachtens für den Gerichtsstand der Widerklage gegenüber dem Art. 59 nicht anführen.¹⁾ — In den bundesräthlichen Entscheidungen wird diesfalls gesagt, die Widerklage könne nicht als Klage, d. h. als selbständiger Angriff betrachtet werden, dieselbe sei vielmehr, gleichwie die Einrede

¹⁾ cf. B. G. VII 20.

der Kompensation, blosses Vertheidigungsmittel gegen den Angriff.²⁾ (cf. § 3 VI.) Dies ist indessen unrichtig; denn es unterscheidet sich ja gerade die Widerklage von der Einrede der Kompensation dadurch, dass sie nicht bloss zur Abwehr des Angriffs und zum Schutze des Beklagten dient, sondern, einmal anhängig gemacht, den nämlichen Grundsätzen unterliegt, wie die Klage. Uebersteigt ihr Betrag denjenigen der letztern, so wird beim Ob-siegen des Widerklägers nicht bloss die Klageforderung aufgehoben, sondern der Widerbeklagte zur Zahlung des Ueberschusses verpflichtet. Auch darin zeigt sich die Selbständigkeit der Widerklage, dass das Gericht nach deren Anhängigkeit für dieselbe zuständig bleibt, auch wenn die Vorklage fällt.³⁾ — Roguin (S. 143 ff.) beruft sich auch hier auf die diesen Gerichtsstand anerkennende Praxis, welche bei der Bundesrevision vom Jahr 1874 stillschweigend anerkannt worden sei; hiegegen können wir lediglich auf das in § 4 III am Schlusse Gesagte verweisen. Im weitern führt der genannte Schriftsteller an, der Art. 59 habe nicht ein System der Gerichtsstände, sondern nur eine Garantie zu Gunsten des Schuldners aufstellen wollen. Zugegeben; — aber wir sehen nicht ein, was hieraus mit Bezug auf die vorliegende Frage folgen soll. Unrichtig ist nämlich, dass durch das Verbot dieses Gerichtsstandes die Stellung des Schuldners eine schlechtere werde, was dem Art. 59 allerdings widerspräche; denn bei der Widerklage, um die es sich hier einzig handelt, ist ja der Kläger und Widerbeklagte der Angegriffene und Schuldner, und letzterer hat in der Regel kein Interesse an diesem Gerichtsstande, konvenirt ihm dieser aber im konkreten Fall, so kann er sich demselben ja freiwillig unterwerfen. Zum Schlusse bemerkt Roguin: „On ne doit pas perdre de vue les sources vives de la jurisprudence générale. Bien loin d'avoir voulu interdire d'y puiser, les rédacteurs de la Constitution l'ont rendu indispensable par la concision même de leur oeuvre.“ Die Schönheit und Wärme dieser Worte mag bestechen, und gewiss bleibt es eine der Unvollkommenheiten des heutigen Art. 59, dass derselbe, wie wir annehmen, den Gerichtsstand der Widerklage ausschliesst.

²⁾ B. 1858 I 272, U. 887 E. 1 (1863), B. 1865 II 185 E. 3, 1871 II 391 E. 1. cf. B. G. III 224, IV 267, V 305.

³⁾ Uebereinstimmend: U. 887 E. 1 (1863), B. 1868 III 468 ff., 1870 II 156 E. 2, 1872 II 500 ff. Geschäftsbericht f. 1873 S. 375, 376. cf. B. G. II 207.

Nicht der Richter ist es aber, welcher diesen Mangel zu verbessern hat, sondern der Gesetzgeber.

II. Es ist schon angedeutet worden, dass nach der bundesrechtlichen Praxis der Gerichtsstand der Widerklage für zulässig gilt. Im einzelnen sind folgende Grundsätze rezipiert:

1. Auf dem Wege der Widerklage können nur solche Ansprachen geltend gemacht werden, welche im sachlichen Zusammenhange zur Vorklage stehen, mit derselben „materiell konnex“ sind.⁴⁾ Diese Einschränkung erscheint als durchaus gerechtfertigt, denn nur unter dieser Voraussetzung lassen sich die Motive der Billigkeit und Zweckmässigkeit für den Gerichtsstand der Widerklage anführen. „Materielle Konnexität“ zweier Ansprachen liegt nach gemeinem Recht dann vor, wenn dieselben auf den nämlichen Thatsachen resp. den gleichen Rechtsgeschäften beruhen. So ist beispielsweise die Klage auf Bezahlung des Kaufpreises konnex mit derjenigen auf Ueberlassung der Waare, wie überhaupt die gegenseitigen Ansprachen aus zweiseitigen Verträgen cf. § 32 II. Das Bundesgericht fasst den Begriff des sachlichen Zusammenhanges indessen erheblich weiter, als in der gemeinrechtlichen Doktrin geschieht. Dasselbe verlangt nicht, „dass zwischen Klags- und Widerklagsanspruch eine materielle Konnexität im strengen Sinne bestehe“; vielmehr soll es genügen, „wenn der Entstehungsgrund des Klags- und derjenige des Widerklagsanspruches zwar nicht identisch sind, wol aber unter sich in einem inneren Zusammenhange stehen, insbesondere einem Komplex verschiedener, aber unter sich zusammenhängender Geschäfte der Litiganten gehören.“⁵⁾ Diese freiere Auffassung scheint dem Grundgedanken dieses Gerichtsstandes ganz zu entsprechen.

2. Auf Seiten des Gerichts ist erforderlich: Gerichtsbarkeit

⁴⁾ U. 286, 296 (1851), 285 E. 1 (1859), 886, 888 E. 2 (1863), B. 1865 III 737, IV 57, 1866 I 461, 462, 1868 II 471 E. 3, 1869 I 986 E. 3, 1871 II 391 E. 1, 1872 II 501 E. 1, 1872 III 235 E. 3, Geschäftsbericht pro 1873 S. 376 E. 1, B. G. III 224 E. 4, IV 267 E. 6, V 305 E. 2, VI 535 E. 1, VII 20. Das Erforderniss der materiellen Konnexität stellen z. B. auf die Proz. O. von Solothurn § 26, Schwyz § 16, Thurgau § 15, Uri Art. 2; fallen gelassen ist dasselbe in den Proz. O. von Zürich § 219, Bern § 17, St. Gallen Art. 11.

⁵⁾ B. G. VII 20, 21. Erwähnung verdient die Bestimmung der deutsch. Civ. Proz. O. in § 33, wonach die Widerklage zulässig ist: „wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Vertheidigungsmitteln im Zusammenhange steht.“

in der Sache. Mit andern Worten, das Gericht müsste, falls der Beklagte in dessen Sprengel wohnen würde, zur Behandlung des Widerklagsanspruchs, wenn dieser als Klage gestellt wäre, kompetent sein. Dingliche Ansprachen können also nur beim *forum rei sitae* widerklagsweise geltend gemacht werden⁶⁾, und es wäre ferner beispielsweise die Stellung einer Injurienklage als Widerklage gegen eine Civilansprache nicht zulässig.

3. Anhängigkeit einer Vorklage. Das Erforderniss der Litiskontestation ist nach der Prozessordnung des betreffenden Kantons zu beurtheilen. Der Bundesrath hat entschieden, dass die blosse Betreibung hiezu nicht genüge.⁷⁾ Die Vorklage ist so lange als anhängig zu betrachten, bis sie durch rechtskräftiges Urtheil erledigt ist⁸⁾; also muss die Widerklage auch noch in der Rechtsmittelinstanz zugelassen werden⁹⁾ („Nachklage“), und kann der Kläger sich derselben nicht durch Fallenlassen der Vorklage entziehen. cf. Note 3 und oben S. 19 VII.

§ 34. 7) Der Gerichtsstand der belegenen Sache.

Der Gerichtsstand der belegenen Sache (*forum rei sitae*) ist bekanntlich nach gemeinem Recht und fast allen Partikulargesetzgebungen der spezielle Gerichtsstand für die dinglichen Klagen. Schon hieraus erhellt, dass dieses Forum vom Art. 59 nicht berührt wird, und es steht dessen Zulässigkeit ausser allem Zweifel. Der kantonalen Gesetzgebung ist es daher freigestellt, den genannten Gerichtsstand für alle in ihrem Gebiete gelegenen unbeweglichen und beweglichen Sachen vorzuschreiben, exklusiv oder neben dem Gerichtsstand des Wohnorts. Von den Bundesbehörden ist dies in zahlreichen Entscheidungen anerkannt worden.¹⁾

⁶⁾ cf. B. 1865 III 738 E. 7 i. S. Schneeli, bestätigt von der B. Vers. B. 1866 I 464, Referat Blumer B. 1865 IV 55 ff., f. B. 1869 I 986 E. 3.

⁷⁾ U. 298 (1860), 887 (1863), B. 1868 II 487.

⁸⁾ U. 886 E. 2 (1863), B. 1866 I 462 E. 1, 1872 II 501, III 235 E. 3, cf. Roguin S. 147.

⁹⁾ Wetzell, Lehrb. d. Civ. Proz. S. 454, B. 1868 II 469 ff.

¹⁾ cf. U. 264, 871 (1851), 919 (1854), 271 (1855), 272 (1857), 902 E. 2 (1858), 872, 874 E. 1, 876 (1862), B. 1865 III 738 E. 7, IV 57 ff., 1866 I 460, II 762 ff., 1867 II 5, 477, 1868 II 466 ff., 473, III 158, 1871 II 376, 382—385, 1873 I 428 ff., II 24 ff., III 735 ff., v. d. B. Vers. bestätigt. Geschäftsbericht 1873 S. 371 E. 3, B. 1874 III 1005 E. 4, B. G. I 167 E. 2, 173, 249 E. 5,

§ 35. 8) Der Gerichtsstand des Arrestes.

In der deutschen Rechtsliteratur sucht man vergeblich nach einem allgemein anerkannten Begriff eines gemeinrechtlichen forum arresti oder Gerichtsstandes der Beschlagnahme, vielmehr werden unter diesem Titel ganz verschiedene Rechtssätze verstanden. Daher kann auch die Frage, ob der bezeichnete Gerichtsstand mit dem Art. 59 vereinbar sei, nicht im allgemeinen beantwortet werden; sondern es kommt eben darauf an, was hiemit jeweilen gemeint ist. In der Regel versteht man unter dem Gerichtsstand des Arrestes den Rechtssatz, wonach gegenüber Personen, mit Bezug auf welche ein anderweitiges Forum nicht besteht, der Arrestschlag auf deren Vermögensstücke die Zuständigkeit des die Beschlagnahme anordnenden Richters für die Klage bewirkt.¹⁾ Das forum arresti in diesem Sinne gilt selbstverständlich nur gegenüber Personen ohne festen Wohnsitz, da beim Vorhandensein eines solchen das forum domicilii gegeben ist, und hieraus folgt, dass der genannte Gerichtsstand vom Art 59, welcher festen Wohnsitz des Schuldners zur Voraussetzung hat, gar nicht berührt wird. — Zweifelhafter verhält es sich mit andern Gestaltungen des forum arresti, vorausgesetzt immer, dass persönliche Ansprachen in Frage kommen. Für dem Art. 59 widersprechend, wenigstens bei Arrestlegung ausser dem Wohnsitzkanton des Schuldners, halten wir den von Wetzell für das gemeine deutsche Recht beanspruchten und in einzelnen schweiz. Prozessordnungen aufgenommenen Satz, wonach dem Richter, welcher einen Arrest verfügt hat, ganz allgemein und ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner festen Wohnsitz in der Schweiz habe, und welcher Natur die Klage sei, Kompetenz für diese gegeben wird.²⁾ Dieses Forum ist übrigens indirekt auch durch das in Art. 59 enthaltene

III 61, 62, E. 4, 491, E. 6, IV 18 E. 3, VI 197, 91 E. 3. — Das forum rei sitae ist enthalten im Konkordat „über die Effekten eines Falliten, die als Pfand in Kreditors Händen in einem andern Kantone liegen“, v. J. 1818, cf. § 39 III, und im Staatsvertrag mit Frankreich v. J. 1869.

¹⁾ cf. Bayer, a. a. O. S. 140, 217, Renaud § 41, Proz. O. v. Zürich § 217. In der deutschen Civ. Proz. O. ist der Gerichtsstand des Arrestes in demjenigen des Vermögens enthalten, § 24, cf. Comm. von Endemann.

²⁾ cf. U. 268 (1852), S. Kaiser a. a. O. I 177, Heusler a. a. O. S. 58, Curti a. a. O. S. 139.

Arrestverbot, wenigstens für den interkantonalen Rechtsverkehr, ausgeschlossen, indem dadurch dessen Grundlage, der Arrest, verunmöglicht wird.

§ 36. 9) Der Gerichtsstand der Provokation.

Nach gemeinem Recht gilt bekanntlich der Satz, dass derjenige, welcher gegen einen andern einen Anspruch zu haben behauptet, von diesem, dem angeblich Verpflichteten, angehalten werden kann, innert einer ihm vom Gericht anzusetzenden peremptorischen Frist die Klage anzustellen, indem ihm angedroht wird, dass er im Unterlassungsfalle den Anspruch verlieren würde. Das bezügliche Rechtsbegehren, die Provokation zur Klage, kann vor demjenigen Richter angebracht werden, welcher für die zu provozirende Klage selbst zuständig ist, und man spricht in diesem Falle von einem „forum provocationis“. Da auch schweizerische Prozessordnungen Bestimmungen dieser Art enthalten ¹⁾, so sind die Bundesbehörden öfters in die Lage gekommen, darauf zu antworten, ob der genannte Gerichtsstand mit dem Art. 59 verträglich sei? Der Bundesrath bejahte diese Frage, und dessen Praxis erhielt im Rekursfalle Guhl die Genehmigung der Bundesversammlung; vom Bundesgericht ist dieselbe rezipirt worden. ²⁾ Zur Begründung wurde gesagt, der provokatorische Antrag sei nicht als eine persönliche Ansprache im Sinne des Art. 59 zu betrachten. Dies ist auch gewiss richtig; denn das Begehren des Provokanten geht nicht dahin, dass der Richter materiell auf die Sache eintrete, und der bezügliche Entscheid berührt die streitige Ansprache selbst nicht. Derselbe qualifizirt sich vielmehr als eine blosse Fristansetzung für die Einreichung der Klage, somit als eine den Prozess bloss einleitende oder vor-

¹⁾ Proz. O. von Bern § 325, Luzern §§ 334, 335, Thurgau § 307, Schwyz §§ 339, 340, Glarus §§ 95, 96, Baselland §§ 289, 290, Freiburg, Civ. Ges. B. Art. 578, Aargau §§ 293 ff., St. Gallen Art. 125, 126, Tessin Art. 702. In den neuern schweiz. Proz. O. findet sich dieser Gerichtsstand nicht mehr, ebensowenig in der deutschen Civ. Proz. O.; auch das französische Recht scheint denselben nicht zu kennen.

²⁾ U. 1250 (1859), 298 E. 3, 896 (1860), 897 (1863), B. 1865 II 172 E. 1, 1866 I 455 E. 1, 1868 II 173 E. 5, 1869 I 979 E. 2, f. B. 1864 I 360 in S. Guhl, B. G. I 224 E. 2, II 410 ff., III 226 E. 8, VI 530 E. 2. Auch Roguin hält diesen Gerichtsstand für zulässig, S. 139 ff.

bereitende Verfügung.³⁾ cf. S. 103. Es entspricht daher vollständig dem Sinn und Geist des Art. 59, wenn das Provokationsbegehren von demjenigen Richter beurtheilt wird, welcher in der Hauptsache zuständig ist.⁴⁾ Eine gegentheilige Ansicht vertritt Curti (a. a. O. S. 47), welcher den Gerichtsstand der Provokation mit den Bestimmungen des Staatsvertrages mit Frankreich, denen der Art. 59 in dieser Hinsicht gleichsteht, für unvereinbar hält. Curti wendet namentlich ein, dass in der Provokation, als dem Begehren, dass der Provokat gerade jetzt seine Klage erhebe, die Geltendmachung eines selbständigen persönlichen Anspruches liege. Dem ist aber zu entgegnen, dass der genannte Anspruch nicht als ein privatrechtlicher betrachtet werden kann, auf welche letztere der Art. 59 allein Bezug hat (cf. § 20 I), sondern sich als ein Anspruch des öffentlichen Rechts, nämlich des Prozessrechts darstellt; denn derselbe hat ausschliesslich Bezug auf die Art und Weise der gerichtlichen Geltendmachung des zivilrechtlichen Anspruchs. Im weitern führt Curti an, durch die Provokation könne unter Umständen demjenigen, welcher eigentlich die Stelle des Beklagten hätte, die Rolle des Klägers aufgedrängt und ihm die Beweislast zugeschoben werden. Hierin liegt aber nicht ein Widerspruch gegen den Art. 59; denn der Gerichtsstand des Wohnorts wird dem Schuldner dadurch nicht entzogen. Es ist ferner zu beachten, dass dem Provokaten ja ebenfalls das Recht zur Provokation zusteht, womit er jenen Effekt in der Regel abzuwenden im Stande sein wird. — Roguin (S. 139 ff.), welcher die bundesrechtliche Anerkennung des Gerichtsstandes der Provokation billigt, beleuchtet noch den Fall, wo beide Parteien persönliche Ansprüche erheben, und hält die Provokation auch hier für zulässig, indem nach der Natur der Sache dem Richter das Recht zugestanden werden müsse, die Provokationsverfügung auch mit Bezug auf die Gegenansprüche des Provokanten zu erlassen. Wir können dieser Ansicht nicht beitreten, sondern nehmen an, dass bei selbständigen

³⁾ cf. Endemann, Komm. z. deutsch. Civ. Proz. O. S. 225. Wie mit der Provokation, verhält es sich auch mit andern den Prozess vorbereitenden Verfügungen, z. B. Beweisaufnahmen zum ewigen Gedächtniss; auch hiefür ist der Richter der Hauptsache zuständig. B. 1875 II 590. cf. oben S. 17 VI.

⁴⁾ Ist in der Hauptsache ein anderer Richter als derjenige des Wohnortes zuständig, z. B. derjenige der belegenen Sache, so gehört natürlich auch das Provokationsbegehren hieher. B. 1865 II 172 E. 1, 1868 II 264 E. 5, 1869 I 979 E. 5, B. G. VI 531 E. 4.

persönlichen Ansprachen durch die absolute Fassung des Art. 59 alle und jede prozessualische Thätigkeit eines andern als des Wohnsitzrichters des Schuldners ausgeschlossen sei, gleichviel, ob die Ansprache im Gewande einer An- oder Gegenforderung erscheine, und ungeachtet einer allfälligen Konnexität mit der Ansprache der Gegenpartei (cf. § 32 I). Wol aber liegt es in der Kompetenz des Richters des Wohnortes des Provokanten, dem Provokaten aufzugeben, gleichzeitig mit der Klage auch seine Einreden gegen die Ansprache des Beklagten geltend zu machen, namentlich diejenige der Kompensation; bei allfälligem Ausschluss dieser Einrede gienge aber offenbar die Gegenforderung selbst nicht unter.

§ 37. 10) Der Gerichtsstand der Prävention.

Dass man gegenüber dem Art. 59 noch von einem „Gerichtsstand der Prävention“ hat reden können, erscheint fast als unbegreiflich. Dennoch ist der Satz wiederholt aufgestellt worden, auch ein anderes Gericht als dasjenige des Wohnortes des Schuldners sei kompetent für persönliche Klagen, wenn dasselbe vor diesem letztern den Prozess an Hand genommen habe. Zur Widerlegung dieser Behauptung genügt der blosse Hinweis auf den Art. 59, welcher ja die Garantie des Richters des Wohnortes ausspricht.¹⁾

§ 38. II) Passive Streitgenossenschaft und Streitverkündung.

I. Bei verschiedenen Rechtsverhältnissen, so namentlich der Correalobligation und der solidarischen Verbindlichkeit, stehen dem einen Ansprecher mehrere Personen als Angesprochene resp. Beklagte gegenüber, während das Klagefundament mit Bezug auf alle diese Personen eines und dasselbe bleibt. Mit Rücksicht hierauf gestattet bekanntlich das gemeine Recht in solchen Fällen dem Kläger, die mehreren Beklagten in eine Passivstreitgenossenschaft zusammenzufassen und dieselben gemeinsam vor dem gleichen Richter und im nämlichen Prozesse zu belangen, auch wenn dieselben an verschiedenen Orten wohnen. Dieser Rechtssatz hat in einigen

¹⁾ Der sog. „Gerichtsstand der Prävention“ musste wiederholt als unzulässig erklärt werden. cf. U. 224 E. 6, 545 (1851), 890 (1854), B. 1867 I 330, 1868 II 476 E. 1, 1873 I 419 E. 5, Geschäftsbericht für 1873 S. 378 E. 4.

schweizerischen Prozessordnungen Aufnahme gefunden¹⁾, und es entsteht daher im Hinblick auf den Art. 59 die Frage, ob derselbe auch dann auf Geltung Anspruch habe, wenn die Beklagten in verschiedenen Kantonen domizilirt sind? Diese Frage muss verneint werden; denn andernfalls könnte dem Schuldner unter gewissen Voraussetzungen der ihm für persönliche Ansprachen garantierte Gerichtsstand des Wohnorts entzogen werden. Hieran vermag auch die Konnexität der Ansprache nichts zu ändern (cf. § 32 I), weil letztere eben nichtsdestoweniger eine persönliche bleibt. In diesem Sinne hat sich der Bundesrath in verschiedenen Rekursfällen ausgesprochen, übereinstimmend mit einem im Jahre 1854 von der Bundesversammlung in Sachen von Grenus abgegebenen Entscheid.²⁾

II. Zur gleichen Frage gibt das Verhältniss der „Streitverkündigung“ oder „Litisdenuziation“ Anlass. Hierunter wird bekanntlich derjenige prozessualische Akt verstanden, wodurch eine Partei einem Dritten, gegen welche dieselbe ein Regressrecht zu haben glaubt, die Aufforderung zugehen lässt, als Nebenintervenient am Prozess Theil zu nehmen. Ist nun die Streitverkündigung gegenüber einem ausser dem Kantone, in welchem der Prozess verhandelt wird, Wohnenden zulässig? Man wird unterscheiden müssen. Insoweit als im Prozesse nicht entschieden werden soll über Rechte und Pflichten des Litisdenuziaten, wird sich dieser nicht über eine Entziehung des ihm durch den Art. 59 garantierten natürlichen Richters beklagen können, und zwar wie uns scheint, selbst dann nicht, wenn der richterliche Entscheid seine Interessen indirekt berühren würde, wie z. B. in dem Falle, wo der mit der Eviktionsklage belangte Verkäufer demjenigen Streit verkündet, von welchem er die Sache gekauft hat. Aber auch in diesen Fällen wird immerhin nur eine fakultative Vorladung des Litisdenuziaten statthaft sein, und es dürfen an dessen Nichterscheinen keinerlei Rechtsnachtheile, auch

¹⁾ Entweder in der Weise, dass das Obergericht auf Antrag des Klägers das gemeinsame Gericht für sämtliche Beklagten bezeichnet, wie z. B. in Zürich, §§ 211, 243, cf. deutsche Civ. Proz. O. § 36 Ziff. 3, oder so, dass dem Kläger die Wahl zwischen den Gerichtsständen der verschiedenen Beklagten gelassen wird. Walliser Proz. O. Art. 15 Abs. 2, ähnlich die Proz. O. von Aargau § 10. St. Gallen Art. 10, und der französische Code de proc. civ. Art. 59 Satz 2.

²⁾ U. I S. 224 E. 9 in S. v. Grenus, U. 864 E. 2 (1862), 866 E. 5 (1863), B. 1873 II 33 E. 2. Gl. A. Kaiser S. 189, Roguin S. 148, cf. f. S. 138. Keine Ausnahme ist es, dass die Mitglieder einer als juristische Person geltenden Gesellschaft am Sitze dieser letztern belangt werden können, cf. S. 66 zu Note 7.

nicht etwa Ordnungsbusse, geknüpft werden; denn andernfalls könnte das Vorhandensein eines rechtlichen Zwanges, wegen persönlicher Ansprachen vor einem fremden Richter zu erscheinen, nicht geleugnet werden, ein solcher aber widerspricht dem Art. 59.³⁾ — Als durchaus unzulässig erscheint die Streitverkündigung dann, wenn in Folge derselben die Rechtsstellung des Litisdenunzianten Gegenstand des Prozesses werden soll, so dass über persönliche Ansprachen an diesen letztern entschieden wird, sei es in der Hauptsache, sei es im Kostenpunkte. Eine Litisdenunziation mit letzterer Wirkung würde dem Art. 59 entschieden zuwiderlaufen und eine Verletzung der dem Schuldner zustehenden Garantie des Gerichtsstandes des Wohnortes involviren; dieselbe ist denn auch vom Bundesrath in mehreren Entscheidungen als unstatthaft erklärt worden.⁴⁾

III. Es kann indessen nicht geleugnet werden, dass die

³⁾ Uebereinstimmend Roguin S. 148 ff., cf. U. 232 E. 1, 2 (1859), B. 1867 I 611 E. 1, 1875 I 207 ff. E. 6. Erscheint der Litisdenunziat und nimmt derselbe an der Verhandlung Theil, indem er die Prozessführung des Litisdenunzianten unterstützt, jedoch unter Protest gegen seine eigene Verurtheilung, so darf nicht etwa angenommen werden, er habe die Kompetenz des Gerichts auch für sich anerkannt. U. 232 E. 2, 4, cf. § 28 Ziff. 7 a. E. Hier ist noch folgender Spezialfall zu erwähnen: Die in Olten domizilirten Leemann und von Arx hatten sich als Uebernehmer eines Bauloses der sog. „Gäubahn“ gegenüber der Centralbahngesellschaft verpflichtet, für gewisse Schadensersatzforderungen, welche an diese gestellt werden sollten, aufzukommen und jene in den hierüber entstehenden Prozessen zu vertreten. Als die Centralbahn wegen einer solchen Forderung an ihrem Domizil in Bern belangt wurde, stellte dieselbe beim dortigen Richteramt das Begehren, dass L. und v. A. verurtheilt werden, sie im Prozesse zu vertreten. Letztere erhoben die Einrede der Inkompetenz, wurden jedoch mit ihrem Rekurs abgewiesen, weil das Versprechen, den Regressberechtigten im Prozess zu vertreten, eine Prorogation des Forums dieses Prozesses für den Streit über die Vertretungspflicht in sich schliesse. Auf die Verabredung eines Verzichtes auf die Garantie des Wohnsitzrichters sei namentlich desswegen zu schliessen, weil ohne diesen Verzicht, wie vom Bundesgericht näher ausgeführt wurde, die Vertretungspflicht illusorisch gemacht werden könnte. cf. Roguin S. 150.

⁴⁾ U. 232 E. 1, 628 (1859), B. 1867 I 611 E. 3, 1872 I 409 ff. E. 3, 1873 II 33 E. 2, 1875 I 207 ff. E. 6. — Nach den Proz. O. von Wallis, Art. 17 § 3, und Tessin, Art. 145, welche hier dem französ. Code de proc. civ. Art. 59 Satz 8 folgen, können die Bürgen („garants“) gleichzeitig mit dem Hauptschuldner vor dem nämlichen Gericht wie dieser belangt werden. Diesen Bestimmungen gegenüber wird ein Bürge, welcher in einem andern Kantone wohnt als der Hauptschuldner, sich auf den Art. 59 berufen können.*

strikte Durchführung dieser Sätze in manchen Fällen mit Uebelständen verbunden ist. Dies zeigt sich namentlich bei den wechselrechtlichen Klagen, wo in Folge dessen gegen die verschiedenen Regresspflichtigen, wenn sie nicht im gleichen Kantone wohnen, mehrere Prozesse geführt werden müssen. Dadurch entstehen Kosten und Zeitverlust, während der Wechselverkehr eine rasche und prompte Abwicklung der Geschäfte erheischt. Im fernern bleibt die Möglichkeit offen, dass in Folge Anwendung verschiedenen Rechts durch die Richter verschiedener Kantone ein Indossant, welcher durch Urtheil genöthigt worden ist die Regresssumme zu bezahlen, später mit seiner Rückgriffsklage gegen den Vormann unterliegt. Aehnliches kann auch bei andern Klagen eintreten, so z. B. derjenigen gegen den Frachtführer etc. Unter Hinweis auf diese Uebelstände machte Delapalud in seiner auf Seite 8 citirten Broschüre den Vorschlag, den Art. 50 (nunmehr Art. 59) dahin zu modifiziren, dass die Garanten des Schuldners bei allen vor das Handelsgericht gebrachten Sachen sich auf die genannte Bundesvorschrift nicht berufen dürfen. Aehnlichen Ideen begegnen wir in Munzinger's „Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit“ (S. 137 ff.). cf. § 30 II. Diese Wünsche fanden indessen bei den Bundesrevisionsverhandlungen keinen Anklang und für die Zukunft erscheint eine Abänderung des Art. 59 in der gedachten Richtung darum als weniger dringlich, weil das auch das Handels- und Wechselrecht umfassende eidgenössische Obligationenrecht in Bälde in Kraft treten und damit die Gefahr einer Anwendung ungleichen Rechts durch verschiedene Gerichte in den Hintergrund gerückt wird.

§ 39. 12) Der Gerichtsstand des Konkurses.

I. Der Konkurs besteht in der amtlichen Beschlagnahme des Vermögens des Schuldners und der Vertheilung desselben unter die Ansprecher, nach Massgabe ihrer Rechte. Derselbe stellt sich dar als die Generalexekution, im Gegensatz zur Spezialexekution, der Pfändung. In § 3 V ist ausgeführt worden, dass als Gerichtsstand des Konkurses in der bundesrechtlichen Praxis derjenige des Wohnsitzes des Schuldners anerkannt wird. Dieser Gerichtsstand ist, wie in § 5 V erörtert wurde, wegen des damit verbundenen öffentlichen Interesses, ein ausschliesslicher und kann nicht etwa durch Verzicht oder Vereinbarung geändert werden. Als „Wohn-

sitz“ kommt selbstverständlich das Domizil juristischen Sinnes in Betracht, was namentlich hinsichtlich der bevormundeten Personen von Bedeutung ist.¹⁾ cf. § 15 II. In der Kompetenz des Konkursforums liegt die Befugniss zur Eröffnung des Konkurses, zur Feststellung der Aktiven und Passiven, zur Verwaltung und Vertheilung des Massavermögens. Insbesondere gehört hieher die Bestimmung der Reihenfolge, in welcher die Ansprecher zur Befriedigung gelangen sollen und die Jurisdiktion über persönliche Ansprachen an die Konkursmasse.²⁾ Will dagegen diese, als Rechtsnachfolgerin des Gemeinschuldners persönliche Ansprachen gegen einen Schuldner der Masse geltend machen, so hat sie sich hiefür, wegen der gemäss Art. 59 dem Schuldner zustehenden Garantie des Richters des Wohnsitzes, an diesen letztern zu wenden.³⁾

II. Von eingreifender Wichtigkeit ist die Frage, ob im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Inhabers eines Handelsetablissemments über dieses letztere ein besonderer Firmakonkurs durchzuführen sei, getrennt vom Konkurs über das anderweitige Vermögen des Firmainhabers? Von der Beantwortung dieser Frage hängt da, wo das Etablissement und der persönliche Wohnsitz des Inhabers sich an verschiedenen Orten befinden, die Bestimmung des Gerichtsstandes für die persönlichen Ansprachen im Konkurse ab. — In der Literatur stehen sich in dieser Hinsicht die Meinungen noch ziemlich schroff gegenüber. Während auf der einen Seite die Romanisten, an ihrer Spitze Thöl, gestützt auf Pandektenstellen^{3a)} die Statthaftigkeit des Firmakonkurses bestreiten, wird anderseits ein deutsches Gewohn-

¹⁾ cf. Entscheid der B. Vers. v. 11. Juli 1873 i. S. Scheu. B. 1872 III 572 ff., 805 ff., 839 ff., 1873 III 297, f. U. 288 (1860) B. 1873 II 20 ff.

²⁾ B. G. VI 200.

³⁾ U. 550, 551 (1850), 547 E. 2 (1853), B. 1854 II 59, 60, U 891 E. 2 (1863), B. 1864 III 152 E. 2, 1867 I 616, 1872 III 919 E. 3, B. G. V 158 E. 1. Das französische Recht weist solche Klagen an den Gerichtsstand des Konkurses, Code de proc. civ. Art. 59 Satz 7 und Code de comm. Art. 635; der Staatsvertrag mit Frankreich, v. J. 1869, hat dies nicht rezipirt, sondern entspricht dem Art. 59 d. B. V. cf. Curti S. 128.—Eine persönliche Klage ist auch die Klage der Konkursmasse auf Einwerfung des vor Ausbruch des Konkurses vom Gemeinschuldner Empfangenen, sowie auch diejenige auf Rückerstattung des von der Konkursverwaltung irrthümlich als Konkursdividende zu viel Bezahlten. B. 1866 I 249 ff., II 576 ff. — 1872 III 919, B. G. I 213. cf. B. G. V 159. — Persönlich ist ferner die Aktivenvermehrungsklage (actio Pauliana).

^{3a)} cf. l. 15 §§ 15, 16, D. de trib. act. 14, 4.

heitsrecht in Anspruch genommen für das Prinzip eines getrennten Firmakonkurses neben dem Separatkonkurs über das anderweitige Vermögen des Firma-Inhabers.⁴⁾ Zur letztern Ansicht, welche schon im 15. Jahrhundert von italienischen Rechtslehrern geltend gemacht worden war und sodann die gemeinrechtliche Doktrin für sich gewonnen hatte, neigen sich Gesetzgebung und Praxis der meisten schweiz. Kantone.⁵⁾ In der Bundesversammlung wurde dieser Kontroverse anlässlich des schon mehrfach erwähnten Rekursfalles Kübler-Troll eine eingehende Besprechung zu Theil. Kübler war in Winterthur wohnhaft, besass aber in Basel ein Handelsgeschäft. Der Bundesrath nahm an, dieses letztere begründe daselbst ein Domizil für Handelssachen. cf. § 17 I. Als unmittelbare Folge hievon ergab sich, dass über das Etablissement in Basel ein eigener Firmakonkurs durchzuführen war, unabhängig vom Konkurs über das übrige Vermögen des Kübler; denn ein Grund, dem einen Domizil den Vorzug vor dem andern zu geben, wäre nicht vorhanden gewesen.^{5a)} Dieser Entscheid ist sodann zur Grundlage der spätern Praxis geworden, welcher auch das Bundesgericht beigetreten ist.^{5b)} Für das System des Firmakonkurses wurden namentlich folgende Gründe angeführt: Zunächst betonte man, dass einzig hiedurch die kantonale Souveränität gewahrt werde, welche letztere sich auf alle

⁴⁾ cf. Brinkmann, Lehrb. d. Handelsrechts S. 23, N. 6, 62; Hassenpflug in Elvers „Themis“, Bd. I No. 3.

⁵⁾ So die Gesetzbücher von Zürich § 1305, Bern Satz. 887, Solothurn § 1213, Graubünden § 441. Das gegentheilige System, welches nur einen Generalkonkurs des Geschäftsinhabers kennt, haben Luzern, Schuldbetr. Ges. § 32, und die Praxis von Baselstadt, B. 1867 I 341. — Im Staatsvertrag mit Frankreich, v. J. 1869, Art. 6 ist das Prinzip des Firmakonkurses aufgenommen. Deutsche Konkursordnung § 64: „Für das Konkursverfahren ist das Amtsgericht ausschliesslich zuständig, bei welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Sind mehrere Gerichte zuständig, so schliesst dasjenige, bei welchem zuerst die Eröffnung des Verfahrens beantragt worden ist, die übrigen aus.“ cf. Deutsche Civ. Proz. O. § 22. — Aehnlich die Oesterr. Konkursord. § 58. — cf. oben S. 34 Note 9.

^{5a)} Gegenüber der Berufung auf das Konkordat betr. Konkursrecht in Fallimentsfällen, v. J. 1805 (cf. unten III), welches den Grundsatz der Einheit des Konkurses aufstellt, wurde eingewendet, dass man bei Abschluss des Konkordates an die Frage des Firmakonkurses jedenfalls nicht gedacht habe und dasselbe daher nicht Platz greife. S. auch B. G. II 58 ff.

^{5b)} B. 1873 II 20 ff., B. G. II 61 in S. Pays & Sohn, VI 568 in S. Guggenbühl, cf. B. G. V 184 E. 4, cf. Feigenwinter a. a. O. S. 15.

im Staatsgebiet gelegenen Sachen und die dort betriebenen Geschäfte erstrecke. In Sachen Kübler wies sodann der Berichterstatter der ständeräthlichen Kommission, Dr. Leuenberger, darauf hin, dass das gegentheilige Verfahren eine grosse Härte und Unbilligkeit gegen die Firmagläubiger enthalte. Es kann auch wirklich nicht geleugnet werden, dass es für das öffentliche Rechtsbewusstsein stossend sein muss, wenn die Firmagläubiger gezwungen sind, zuzusehen, wie das Etablissement liquidirt und die gesammte Masse vor ihren Augen weg in einen fremden Kanton gebracht wird, wobei dieselben Gefahr laufen, dass dort ein bedeutender Theil des Vermögens von der Ehefrau des Kridaren als ihr Weibergut vorweggenommen wird, wie es auch in Sachen Kübler der Fall gewesen wäre. Ueberhaupt wird der Kaufmann hiebei in der Regel nicht wissen können, welche Rechte ihm gegenüber dem Schuldner im Falle des Konkurses zustehen, weil in dieser Hinsicht nicht das Gesetz des Etablissementsortes in Betracht kommt, sondern dasjenige des persönlichen Wohnortes des Inhabers, welcher leicht verändert werden kann. Es leuchtet ein, dass diese Unsicherheit der Rechte von sehr nachtheiligem Einfluss auf den kaufmännischen Kredit sein muss. Alle diese Erwägungen sprechen mit Nachdruck zu Gunsten eines separaten Firmakonkurses. Immerhin enthalten dieselben nur Gründe der Billigkeit und Zweckmässigkeit^{5c)}, und es bleibt die Frage, ob dem von der bundesrechtlichen Praxis rezipirten Grundsatz des Firmakonkurses nicht rechtliche Hindernisse, insbesondere der Art. 59 entgegenstehe? — In dieser Hinsicht ist darauf zu verweisen, dass es aus den in § 17 III angeführten Gründen nicht angeht, das Etablissement zu personifiziren, und an dem Orte, wo dieses sich befindet, das Domizil desselben als einer juristischen Person anzunehmen, dass das Spezialdomizil des Handelsetablissemments seine richtige Erklärung vielmehr nur dann findet, wenn eine Domizilerwählung des Kaufmanns am Orte seines Etablissements für die mit diesem zusammenhängenden Geschäfte angenommen wird, woraus folgt, dass das genannte Spezialdomizil nur insoweit zutrifft, als geschlossen werden darf, der Kaufmann habe mit Rücksicht auf

^{5c)} Mit Ausnahme des aus der Territorialsouveränität gezogenen Argumentes. Dieses vermag aber nur ein Recht der Kantone zur getrennten Exekution auf die in ihrem Gebiete gelegenen Mobilien und Immobilien des Gemeinschuldners zu rechtfertigen, welches denselben auch durch die Bundespraxis zuerkannt wird. cf. Note 11, 12.

sein Etablissement auf die Garantie des Art. 59 verzichtet. Nun giebt es aber mit Bezug auf den Gerichtsstand des Konkurses, wegen der öffentlichen Bedeutung desselben, wie in § 5 III des nähern gezeigt wurde, überhaupt keine Möglichkeit des Verzichtes, und hieraus folgt ohne weiteres, dass ein separater Konkurs über das Firmavermögen des Kaufmanns als unzulässig erklärt werden muss. Es ist indessen zuzugeben, dass dieser Satz nicht aus dem Art. 59 abgeleitet werden kann, da die genannte Verfassungsvorschrift nur eine Garantie zu Gunsten des Beklagten, nicht eine Gerichtspflicht desselben statuirt (cf. § 3 IV); wol aber ergibt sich derselbe aus dem in der kantonalen Gesetzgebung überall als allgemeiner Gerichtsstand des Schuldners vorgeschriebenen *forum domicilii*.^{5d)} — Ganz verschieden von der Frage des Firmakonkurses des Einzelkaufmannes ist diejenige des Konkurses einer Handelsgesellschaft. Soweit einer solchen juristische Persönlichkeit zugestanden wird, hat dieselbe an ihrem Sitze ein selbständiges Domizil, und es muss daher am Orte dieses letztern der Firmakonkurs eröffnet und durchgeführt werden⁶⁾, ganz unabhängig von einem allfälligen

^{5d)} Zu diesem Resultate gelangt auch Feigenwinter in seiner auf Seite 33 citirten Abhandlung (S. 37 ff.), und zwar auf Grund einer Kombination der Konkordate über den Gerichtsstand des Schuldners und demjenigen über Konkursrecht in Fallimentsfällen. Das erstgenannte Konkordat enthält, wie der Art. 59, die Garantie des natürlichen Richters (cf. oben S. 4), das zweite sanktionirt den Grundsatz der Einheit des Konkurses. cf. unten III. Die Bestimmung eines Gerichtsstandes im engeren Sinne können wir aber in diesen Konkordaten nicht finden. Letzteres ist aber auch nicht die Argumentation von Feigenwinter; sondern derselbe stützt sich auf den in den Konkordaten enthaltenen Grundsatz der Einheit des Konkurses und sieht die Lösung der Konflikte im Prinzip der Prävention, welches im Konkordat vom Jahr 1804 enthalten sei (in den Worten „wo das Falliment ausbricht“). Gegen diese Schlussfolgerung wird kaum etwas eingewendet werden können. Dieselbe gelangt indessen ebenfalls nicht zu einem bundesrechtlichen Verbote des Firmakonkurses, da die Konkordate als Staatsverträge unter den Kantonen nur kantonales Recht schaffen. Da indessen Beschwerden über Verletzung der Konkordate nach Art. 59 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege beim Bundesgericht zu stellen sind, so hat dieses hiernach im Falle Rekurses Recht und Pflicht, gegen die Praxis des separaten Firmakonkurses einzuschreiten.

⁶⁾ cf. oben § 14 IV u. folg. Präjudizien: B. 1868 II 479 ff. in S. Ringier u. Comp., B. 1871 II 382 ff. in S. Grandjean u. Fortdran, Geschäftsbericht für 1873, S. 378, in S. Wengler u. Gressly.

Konkurse über einen resp. mehrere der Gesellschaftsmitglieder, wofür deren persönlicher Wohnsitz massgebend bleibt.

III. An dieser Stelle ist noch der beiden in Konkursachen abgeschlossenen eidgenössischen Konkordate zu erwähnen, denen sämtliche Stände, mit Ausnahme von Schwyz und Appenzell I. Rh., beigetreten sind, nämlich:

1. „*Konkordat betreffend Konkursrecht in Fallimentsfällen*“, vom 15. Juni 1804, bestätigt den 8. Juli 1818. (O. S. I 284.)
2. „*Konkordat betreffend die Effekten eines Falliten, die als Pfand in Kreditors Händen in einem andern Kantone liegen*“, vom 7. Juni 1810, bestätigt 8. Juli 1818. (O. S. I 285.)

In diesen Konkordaten sind folgende Grundsätze enthalten:

a) Der Konkurs ist zu eröffnen und durchzuführen am Wohnsitze des Schuldners. — Dieser Satz steht mit dem Art. 59 durchaus im Einklang.

b) Beide Konkordate sanktioniren den „Grundsatz der Einheit“ oder „Attraktivkraft“ des Konkurses („Universalität des Konkurses“)⁷⁾, d. h. es soll in der Regel nur ein einziger Konkurs, am Wohnsitze des Gemeinschuldners abgehalten werden. Zu diesem Behufe wird vorgeschrieben, alles bewegliche Vermögen des Kridaren, wo es sich immer befinden möge, müsse in diese eine Konkursmasse abgeliefert werden.⁸⁾ Im Konkordat betreffend Konkursrecht in Fallimentsfällen ist diesfalls gesagt, nach Ausbruch des Konkurses dürfen keine Arreste auf das bewegliche Vermögen des Falliten mehr gelegt werden, anders als zu Gunsten der ganzen Schuldenmasse⁹⁾; und zur Befestigung dieses Grundsatzes wurde im

⁷⁾ Entsprechend wird auf dem Gebiete des Erbrechts die Einheit der Erbschaft gewährleistet durch das Konkordat „über Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse“, vom 15. Juli 1822. In diesem letztern gilt der Grundsatz des heimatlichen Rechts und Gerichtsstandes. cf. § 25 Note 1, § 29. — Den nämlichen Grundsatz der Attraktivkraft des Konkurses hat die Deutsche Konkurs-Ord. cf. Note 5.

⁸⁾ Ebenso der Staatsvertrag mit Frankreich, v. J. 1869, in Art. 6 l. 2—4, und die „Uebereinkunft“ aller schweiz. Kantone, ausgenommen Schwyz und Neuenburg, mit dem Königr. Württemberg („über Konkursverhältnisse“), vom 13. Mai 1826, Art. 1 A. S. VI 368, 369.

⁹⁾ Ebenso die citirte „Uebereinkunft“ mit Württemberg in Art. 3, ferner die „Uebereinkunft“ sämtlicher schweiz. Kantone, ausgenommen Schwyz, vom 9. Heumonat 1808, O. S. I 390 ff., und endlich die „Uebereinkunft“ aller schweiz. Kantone mit Bayern, vom 27. Brachmonat 1834, A. S. VI 368.

Konkordate von 1810 ausdrücklich vereinbart, solchermassen gepfändete Sachen seien an die gemeinsame Masse abzuliefern.¹⁰⁾ Der Immobilien erwähnen die beiden Konkordate dagegen nicht, mit Bezug auf letztere bleibt demnach die Souveränität der Kantone aufrecht erhalten. Der Bundesrath hat, in seiner frühern Stellung als Wächter über die Vollziehung der Konkordate, immer dahin entschieden, jeder Kanton sei berechtigt, über die innerhalb seiner Grenzen gelegenen Immobilien einen Separatkonkurs abzuhalten, und nur der Mehrerlös über die Hypothekarschulden hinaus müsse an die gemeinsame Schuldenmasse abgeliefert werden.¹¹⁾ (cf. § 25 Note 1.)

c) Das Konkordat vom 7. Juni 1810 enthält eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Attraktivkraft des Konkurses, indem dasselbe für alle dinglichen Klagen in Konkursachen das *forum rei sitae* gewährleistet. Diese Bestimmung ist insbesondere darum von Wichtigkeit, weil gewisse dingliche Rechte der Gesetzgebung einiger Kantone nicht bekannt sind, wie namentlich die sogenannten „Generalpfandrechte“, ferner mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Gesetze hinsichtlich der Grundsätze über den Eigenthumserwerb.¹²⁾

¹⁰⁾ U. 288 E. 6 (1860), B. G. I 203–209, III 488.

¹¹⁾ U. 543 (1851), 592 (1858), 288 E. 6 (1860), 1093 (1863), B. 1868 II 476 E. 6, B. 1871 II 385–387, B. G. V 158 E. 1. Dasselbe Prinzip enthält die oben citirte „Uebereinkunft“ mit dem Kgr. Württemberg in Art. 5. — Feigenwinter, a. a. O. S. 33, hebt hervor, dass die Konkordate nicht zwischen Immobilien und Mobilien unterscheiden, sondern zwischen Generalexekution (Konkurs) und Spezialexekution. cf. oben S. 16 Note 11. Derselbe giebt zu, dass der Hypothekar- (und der Faustpfand-) Gläubiger beim *forum rei sitae* Befriedigung suchen dürfe.

¹²⁾ U. 546 (1851), 549 (1855), 1097 E. 4 (1858), 1098 (1859), 1099 (1862), 1100 (1863), B. 1865 II 195, B. 1871 II 384 E. 4, Geschäftsbericht pro 1873 S. 333, B. G. III 488 ff. — Nach den letztgenannten Entscheiden (u. U. 546) hat auch bei Mobilien die Realisirung des Pfandrechts am Orte der gelegenen Sache zu geschehen. Der Pfandgläubiger darf bis zum Betrage seiner Forderung den Versilberungserlös beanspruchen, nur der Mehrerlös muss in die Konkursmasse abgeliefert werden. — Der Staatsvertrag mit Frankreich, vom 15. Juni 1869, garantirt dem Inhaber von Privilegien, Hypotheken und andern dinglichen Rechten an Immobilien den Gerichtsstand und das Recht der gelegenen Sache.

VII. Kapitel.

Das Verbot des Schuldverhafts.

§ 40.

Der Art. 59 schliesst mit dem der Republik würdigen Satz: „Der Schuldverhaft ist abgeschafft.“¹⁾ Im Unterschied zum übrigen Inhalt des Art. 59 erscheint dieses Prinzip als ein solches des öffentlichen Rechts, es dient der Freiheit und Menschlichkeit und unterliegt daher keinen Voraussetzungen, der Schuldner braucht nicht etwa festen Wohnsitz nachzuweisen.²⁾ — Unter „Schuldverhaft“ oder „contrainte par corps“, in Zürich ehemals sinniger Weise „das Wortzeichen“ geheissen, ist im Gegensatz zum Strafverhaft dasjenige Exekutionsmittel zu verstehen, wornach der Gläubiger den Schuldner so lange in einer staatlichen Anstalt gefangen halten darf, bis die Schuld getilgt ist. Der Schuldverhaft hat also nicht den Charakter einer Privat-Strafe, sondern eines Mittels, den säumigen Schuldner zur Zahlung zu zwingen. Als Ge-

¹⁾ Im Staatsvertrag mit Frankreich, v. J. 1869, Art. 18 l. 1, heisst es: „Wenn ein Urtheil persönliche Haft („contrainte par corps“ — die Uebersetzung ist ungenau) nach sich zieht, so kann das Gericht diesen Theil des Entscheides nicht vollziehen, wenn die Gesetzgebung des Landes die persönliche Haft in dem Falle, um den es sich im Urtheil handelt, nicht zulässt.“ — Die „contrainte par corps“ war in Frankreich aufgehoben durch die Dekrete vom 9. u. 12. März 1848, wurde aber durch Gesetz vom 13. Dezember 1848 wieder eingeführt. Ein Gesetz vom 22. Juli 1867 beschränkte dieselbe auf die Geldstrafen und die strafrechtlichen Schadensersatzschulden, im J. 1871 erfolgte eine Ausdehnung auf die Kosten des Strafverfahrens.

²⁾ B. G. III 231 ff. Ein Verzicht auf diese Garantie wäre unzulässig; es giebt in der Schweiz keinen Schuldverhaft mehr!

fangenhaltung des Schuldners und Entziehung der persönlichen Freiheit ist der Schuldverhaft im eminenten Sinne Arrest, was dazu geführt haben mag, dem Verbot desselben die Stellung im Art. 59 anzuweisen. — Die einzige hier zu erörternde Frage ist die, unter welchen Voraussetzungen die Gefangenhaltung einer Person sich als Schuldverhaft qualifizire. Der grundsätzliche Unterschied des Strafverhafts vom Schuldverhaft liegt offenbar darin, dass letzterer als Zwangsmittel zur Erfüllung privatrechtlicher Ansprachen dient, wogegen ersterer die Natur einer staatlichen Strafe für Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen in sich trägt. Auf dem Gebiete des Strafrechtes ist den Kantonen im Prinzip die Souveränität geblieben und die Bundesverfassung stellt keinerlei Vorschriften über den Strafverhaft auf. Handlungen und Unterlassungen, welche von der kantonalen Gesetzgebung als strafrechtlich resp. polizeilich schuldbar erklärt sind, dürfen daher mit Haftstrafe belegt werden.³⁾ Zur kantonalen

³⁾ Im bernischen Gesetz über die Armenpolizei vom 14. April 1858 wird die böswillige Nichterfüllung der Elternpflicht als Uebertretung mit Gefängnisstrafe geahndet; letztere qualifizirt sich nicht als Schuldverhaft. B. G. I 257 ff., III 615 E. 2. In gleicher Weise hat das Bundesgericht entschieden mit Bezug auf die ähnlichen Strafbestimmungen in Art. 53 des Polizeistrafgesetzbuches von Baselstadt, B. G. V 452, sowie in Art. 385 des Code pénal von Freiburg und im Armengesetz dieses Kantons, B. G. III 457. Der einmal Verurtheilte kann sich also nicht durch hinterherige Erfüllung der Unterstützungspflicht dem Verhaft entziehen, cf. § 32 a. E. Nach dem Schuldbetreibungsgesetz des Kantons Schaffhausen kann für Forderungen, welche im sog. „abgekürzten Rechtstribsverfahren“ exquirt werden müssen, nämlich diejenigen bis zum Betrage von fl. 20, der Konkurs nicht verlangt werden, und auf Grund dieses Verfahrens ist daher auch eine Bestrafung des Schuldners wegen leichtsinnigen oder betrüglichen Bankerottes nicht möglich. Dagegen bestimmt § 122 des Schuldbetreibungsgesetzes, dass der im abgekürzten Exekutionsverfahren ausgetriebene Schuldner vom Bezirksgerichte auf Antrag des Gläubigers mit Einstellung im Aktivbürgerrecht, Wirthshausverbot und da wo die erstere nicht anwendbar sei oder bei Erschwerungsgründen mit Gefängnis von 2 bis 21 Tagen zu belegen sei. Gegenüber der letztern Bestimmung wurde der Art 59 l. 2 d. B. Verf. angerufen, indem die auf dem genannten Wege ausgesprochene Gefängnisstrafe sich als Schuldverhaft qualifizire. Das Bundesgericht hat jedoch — und gewiss mit Recht — erklärt, dass diese „Bestrafung der Insolvenz ausser dem Konkurs“, wie sie im Gesetze selbst genannt ist, so wenig als die Einstellung im Aktivbürgerrecht, an deren Stelle sie ausnahmsweise trete, als Exekutionsmittel zur Eintreibung unbefriedigt gebliebener Ansprachen betrachtet werden könne, sondern den Charakter einer Strafe habe. cf. B. G. V 24 ff. i. S. J. U. Keller, 179 E. 1, 317 E. 1, 448 ff. Verschiedene hierauf bezügliche Rekurse wurden dagegen aus dem Grunde gutgeheissen, weil aus dem Haftdekret nicht hervorgehe,

Souveränität gehört auch das Recht, Geldbussen für Verbrechen, Vergehen, Uebertretungen und Disziplinarfehler, d. h. Zahlungsverpflichtungen, welche nach der Gesetzgebung des Kantons als Strafen gelten, für den Fall der Unerhältlichkeit in Haft umzuwandeln;⁴⁾ es muss indessen die Verwandlung im Gesetz in Aussicht genommen sein,⁵⁾ denn: *Nulla poena sine lege!* Der Verurtheilung zu den Kosten des Strafverfahrens darf dagegen die Eigenschaft einer Strafe nicht beigelegt werden⁶⁾, weil die Pflicht zur Zahlung dieser Kosten sich nach ihrer innern Natur als Schuldverbindlichkeit qualifiziert, nämlich als die Obligation zum Ersatz des dem Staatsvermögen durch die Auslagen im Strafverfahren verursachten Schadens. Der obligatorische Charakter dieser Verpflichtung zeigt sich u. a. darin, dass dieselbe auch dem Freigesprochenen überbunden werden kann, ebenso der Civilpartei. Die genannte Verbindlichkeit darf auch nicht etwa in der Weise zu einer Strafe gestempelt werden, dass das Gericht dieselbe im Urtheil als eine solche festsetzt.⁷⁾ Ebensowenig kann endlich geduldet werden, dass auf dem Wege der Gesetzgebung die Pflicht zur Zahlung von Gerichtskosten unter die Strafmittel aufgenommen wird, wie dies vom Kanton Wallis durch Gesetz vom 24. Mai 1876 versucht worden ist; mit Recht hat das Bundes-

dass Gefängniss wegen strafbarer Verschuldung der Insolvenz ausgesprochen worden sei, und daher ein Verstoss gegen Art. 5 der Verfassung des Kantons Schaffhausen vorliege, welche letztere die Strafe ausdrücklich auf die Fälle der Verschuldung beschränke. — Auch darauf wurde verwiesen, dass ansonst auf dem bezeichneten Wege eine Umgehung des Art. 59 l. 2 möglich wäre.

⁴⁾ B. G. I 251 E. 1, 253 E. 2, 256 E. 3, III 73 E. 4, IV 226, VI 376. Dies gilt auch für Ordnungsbussen im Civilprozess. B. G. IV 227 E. 2, VI 376. Die Schuldpflicht erlöscht immer mit dem ausgestandenen Verhaft, auch hierin zeigt sich der Gegensatz zum Schuldverhaft.

⁵⁾ B. G. I 251, 252, IV 227 E. 2. Die Umwandlung der Geldbusse in Gefängniss ist z. B. vorgesehen im Bundesgesetz über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, vom 19. Dez. 1879, in Art. 18, während es dagegen in der Verordnung zum Bundesgesetz betr. den Militärpflichtersatz, Art. 9 l. 2 heisst: „. . . . die Umwandlung der Ersatzsteuer in Haft oder Arbeit gegen Zahlungsunfähige ist nicht zulässig.“

⁶⁾ B. G. I 253 E. 2, 256 E. 3, III 68 E. 1, 72 E. 3, 232 E. 1.

⁷⁾ B. G. I 256 E. 4, III 72 E. 1. Im letztgenannten Falle hatte das Appellationsgericht des Kantons Wallis der Verurtheilung zu den Kosten des Rechtsmittelverfahrens den Charakter einer Strafe (für Ergreifung des Rechtsmittels) beigelegt.

gericht dieses Gesetz selbst als ungültig erklärt.⁸⁾ Es verdient Erwähnung, dass auch der Bundesrath mit Kreisschreiben vom 22. Juli 1874 der nämlichen Auffassung Ausdruck verliehen hatte.⁹⁾

Schlussbetrachtung.

„Dura lex, sed lex!“ — In diesen Worten fasst Roguin seine Betrachtung über den Art. 59 zusammen. Die Verfassungsvorschrift, unter welcher das schweizerische Volk seit mehr als 30 Jahren lebt, erscheint ihm als eine harte, gegen welche das Rechtsgefühl sich auflehne. Weniger schroff aber mit nicht geringerer Schärfe wendet sich auch Professor A. Heusler in seiner oben mehrfach citirten Abhandlung über das *forum contractus* gegen die Garantie des Wohnsitzrichters, wie sie im heutigen Bundesrecht besteht. Beide Schriftsteller verlangen, dass neben dem ordentlichen Gerichtsstande des Wohnortes fakultativ diejenigen des Erfüllungsortes für vertragliche Verbindlichkeiten, der geführten Verwaltung und der unerlaubten Handlung, für die bezüglichlichen Civilklagen, eingeführt werden, und überdiess will Roguin noch ganz allgemein die Aufhebung des Arrestverbotes. — Es schiene uns näher liegend in diesem Fall den Art. 59 der B. Verf. überhaupt aufzuheben, da so wichtigen und zahlreichen Ausnahmen gegenüber doch kaum mehr von einer Regel oder einem Prinzipie gesprochen werden könnte. Soweit will indessen weder Roguin noch Heusler gehen; letzterer schlägt als prinzipielle Grundlage eines künftigen Art. 59 den Satz vor: „Das *forum arresti* gegen Schuldner, die in der Schweiz einen festen Wohnsitz haben, ist ausgeschlossen; das heisst: es ist kein Arrest zulässig bloss aus dem Grunde, weil der Schuldner im betreffenden

⁸⁾ B. G. III 73 E. 4. Il n'est admissible, que le caractère de peine, incompatible avec la nature même de ces frais (s. de justice), puisse leur être octroyée par une loi cantonale, et qu'il suffise d'un tel procédé pour éluder une disposition formelle de la Constitution fédérale et rendre ces frais exigibles par la voie d'emprisonnement, soit de la contrainte par corps.“

⁹⁾ B. 1874 II 579. cf. B. G. III 615 E. 1.

Gerichtsbezirk nicht wohnhaft ist.“ Diese Ruine vom stolzen Prinzip der Garantie des natürlichen Richters sollte demnach die Bundesverfassung zieren! Nein, lieber weg mit der Verfassungsvorschrift, wenn sie wirklich so ungemein wenig Gutes enthält! — Das Gesetz soll allerdings dem Menschen dienen und das Volk nicht dessen Sklave sein, — gewiss. Sobald man gegen das Prinzip der Garantie des Wohnsitzrichters, wie dasselbe von der Bundesverfassung sanktionirt ist, durchschlagende Gründe der Gerechtigkeit oder Zweckmässigkeit anzuführen im Stande sein wird, muss dasselbe fallen. Wir können aber nicht zugeben, dass dies hinsichtlich des Art. 59 im Grossen und Ganzen bei der gegenwärtigen Rechts-situation in der Schweiz der Fall sei. Wirkliche Uebelstände finden wir — abgesehen von der etwas mangelhaften Redaktion der Bundesvorschrift (cf. S. 22 ff.) — nur in einzelnen aus derselben fliessenden Konsequenzen. Es sind dies namentlich der Ausschluss der speziellen Gerichtsstände des Etablissements und der Zweigniederlassung, welcher durch den Art. 59 gefordert erscheint (cf. S. 78 ff. 158), sodann der Mangel eines gemeinsamen Gerichtsstandes bei Klagen gegen mehrere Streitgenossen, sowie Garantie- und Regressklagen (cf. S. 174 ff.) und endlich vielleicht die nach unserer Ansicht aus dem Art. 59 folgende Unzulässigkeit des Gerichtsstandes der Widerklage (cf. S. 167 ff.). Eine Beseitigung dieser Mängel wäre durch Zusätze zum Art. 59 zu erreichen, und eine Revision der Verfassungsbestimmung in diesem Sinne halten wir für aller Anstrengung werth. Das Prinzip der Garantie des Wohnsitzrichters würde trotz dieser Modifikationen ein innerlich ganzes, einheitliches bleiben und in weitem Umfange seine Bedeutung bewahren. — Von der Werthlosigkeit dieses Prinzipes vermögen uns aber weder die Ausführungen von Heusler, noch diejenigen von Roguin zu überzeugen, so manches Schätzenswerthe wir in denselben auch finden. Gegenüber den Einwendungen dieser Schriftsteller scheinen uns ungleich triftigere Gründe zu Gunsten der Bundesvorschrift zu sprechen. In erster Linie ist es das Panier der persönlichen Freiheit, welches wir im Art. 59 hoch halten. Der Schutz beim eigenen Richter bleibt, sage man, was man wolle, ein werthvolles Attribut desselben, und so lange in der Schweiz Civilrecht und Civilprozess 25 kantonalen Souveränitäten anheimgegeben sind, wird sich dies nicht ändern. Sodann sprechen vornämlich noch zwei Momente mit Nachdruck für den Art. 59: Die Garantie des Wohnsitzrichters ist eine

grosse, durchschneidende Regel; dieselbe schafft einfaches, klares Recht, indem sie bei den persönlichen Ansprachen, welche weitaus zu den meisten Prozessen Anlass geben, die speziellen Gerichtsstände und die damit in Verbindung stehende Komplikation beseitigt. Endlich aber darf von dem Art. 59 gesagt werden, dass derselbe wie kaum ein zweiter Satz schweizerischen Rechtes, im Rechtsgefühl des Volkes lebendig ist und als eine Wohlthat empfunden wird. Die Bedenken, welche gegen die Bundesvorschrift laut geworden sind, stammen nicht aus dem Schoosse des Schweizervolkes, ihm gilt der Schutz beim natürlichen Richter immer noch als ein werthvolles Recht des Bürgers. Sicher verdient diese Liebe des Volkes zu seinem von den ersten Zeiten der Eidgenossenschaft überlieferten Recht Beachtung; denn das im öffentlichen Bewusstsein festgewordene Recht steht hoch über dem bloss Geschriebenen! Wir halten es daher für eine Verkennung des Volksgedankens, wenn gegenwärtig über den Art. 59 der Bundesverfassung der Stab gebrochen wird. In unsern Augen ist es für die Wissenschaft ein schöneres Ziel, das nationale Rechtsprinzip weiter zu entwickeln und demselben diejenige Form zu geben, in welcher es den Forderungen des heutigen Lebens gerecht werden kann.

Spezielles Inhaltsverzeichnis.

I. Kap. Einleitung. Vom Art. 59 im allgemeinen.

§ 1. Zur Geschichte des Art. 59.

I 1. Die ältere Zeit. II 4. Die neuere Zeit, seit 1804. Ausdruck „natürlicher“, „ordentlicher“ Richter. Stellung der Ausländer. Franzosen.

§ 2. Die Bundesinstanz für Rekurse. Verfahren.

I 6. Die Rekursinstanz nach der B. Verf. v. 1848. II 8. Nach der heutigen B. Verf. III 10. Das Rekursverfahren. IV 10. Unmittelbare Zuständigkeit des Bundesgerichts für Rekurse.

§ 3. Einige allgemeine Fragen.

I. 11 „Gerichtsstand“, „Kompetenz“. Durch Art. 59 ist der Richter des Wohnsitzes des Schuldners als für persönliche Ansprachen ausschliesslich kompetent erklärt. II 12. Alle mit dem Art. 59 im Widerspruch stehenden kantonalen Rechtssätze sind ungültig. III 13. Der Art. 59 reicht nicht über das Gebiet der Schweiz hinaus. Rekurs Kobelt. IV 14. Nur der Beklagte kann den Art. 59 anrufen, nicht der Kläger, Art. 59 statuirt keinen „Gerichtsstand“. V 15. Die Garantie des Wohnsitzrichters gilt für alle Stadien der Schuldbetreibung, ausgenommen die Pfändung, ferner für den Prozess und den Konkurs. VI 17. Der Richter des Wohnorts hat Kompetenz über die ganze Sache, insbesondere über die Einreden, nebensächliche Ansprachen und für eine spätere Fortsetzung des vorläufig erledigten Prozesses. VII 19. Das einmal kompetent gewordene Gericht bleibt kompetent, trotz nachheriger Wohnortsveränderung des Schuldners. VIII 19. Verhältniss des Art. 59 zu Art. 58, 61 und 46 d. B. Verf. — zu Art. 61 cf. § 26 I.

§ 4. Ist der Art. 59 bloss im interkantonalen Rechtsverkehr anzuwenden?

I 22. Die Praxis bejaht diese Frage. II 23. Begründung. III 23. Kritik. Gegentheilige Ansicht. IV 26. Begründung dieser letztern.

§ 5. Verzicht auf die Garantie des Art. 59.

I 30. Der Verzicht auf den Art. 59 ist zulässig: mit Bezug auf eine einzelne persönliche Ansprache. II 31. Zulässigkeit des Verzichts für eine Reihe — auch zukünftiger — resp. für alle Verbindlichkeiten aus dem nämlichen Rechtsverhältniss. III 33. Der Gerichtsstand des Konkurses kann vom Schuldner nicht abgeändert werden. Dagegen ist die Prorogation zulässig mit Bezug auf Betreibung und Pfändung. IV 35. Der Beweis des Verzichts liegt dem Kläger ob. V 35. Formen der Verzichtleistung. VI 36. Der Verzicht ist verbindlich.

§ 6. Anordnung der Darstellung. S. 37.

Verweisungen auf den Staatsvertrag mit Frankreich, vom 15. Juni 1869 (Modifikationen des Art. 59). Im allgemeinen cf. § 1 a. Schlusse und S. 38. — Einschränkungen in persönlicher Beziehung: Wenn ein in der Schweiz domizilirter Franzose von einem in Frankreich wohnenden Franzosen vor einem französischen Gericht wegen persönlicher Ansprachen belangt wird, so steht demselben die Garantie des Wohnsitzrichters nicht zu, das Urtheil wird also vollziehbar. cf. S. 6 unten; — zu § 2 IV: Wenn ein in der Schweiz domizilirter Schuldner vor einem nach seinem Dafürhalten inkompetenten französischen Gericht belangt wird (ein Schweizer von einem Franzosen oder ein Franzose von einem Schweizer), so kann er sich nicht unmittelbar an die oberste Behörde um Schutz wenden. cf. S. 11 Note 4. — Der Staatsvertrag stellt das Erforderniss der Zahlungsfähigkeit des Schuldners für die Garantie des Wohnsitzrichters nicht auf. cf. § 19 Note 1. — Für persönliche Ansprachen, deren Gegenstand eine unbewegliche Sache ist, (*actions personnelles immobilières*) und ferner für solche, bei denen die Leistung des Verpflichteten nur in einem gewissen faktischen Zusammenhang mit dem Grundstück steht, wird im Staatsvertrag der Gerichtsstand der belegenen Sache vorgeschrieben. cf. S. 102. — zu § 30 1: Der Staatsvertrag statuirt ein *forum contractus*, mit der Voraussetzung der „résidence“ der Parteien am Orte des Vertragsabschlusses, zur Zeit der Klageanstellung. cf. S. 51 Note 12 und § 30 Note 4.

Weitere Einschränkungen des Art. 59 der B. Verf. durch Staatsverträge.

Die Staatsverträge über den Schutz des sog. geistigen Eigenthums setzen für alle bezüglich Klagen das *forum delicti commissi* fest, also auch für die persönlichen, z. B. Schadensersatzklagen. cf. § 31 Note 10.

§ 7. Welche Rechtsnorm ist massgebend für die Beurtheilung der einzelnen Voraussetzungen des Art. 59? S. 38.

In erster Linie das Bundesrecht, subsidiär das am Wohnort des Schuldners geltende kantonale Recht, in letzter Linie das gemeine Recht. (Doktrin).

§ 8. Die Beweislast. S. 40.

Für den Wohnsitz und die Zahlungsfähigkeit spricht die Vermuthung; der Gegenbeweis liegt dem Kläger ob.

II. Kap. Domizil.

A. Das allgemeine bürgerliche Domizil.

§ 9. Der Begriff des festen Wohnsitzes.

I 42. Die Quellen für den Begriff des Domizils. Die schweizer. Gesetzgebung. II 43. Formaler und materieller Domizilsbegriff. Definitionen des allgemeinen bürgerlichen Domizils. III 44. In Art. 59 ist das allgemeine bürgerliche Domizil verstanden, im Unterschied zum politischen, polizeilichen, Steuer-Domizil. IV 44. „Domizil“ und „Niederlassung“ sind verschiedene Begriffe; soweit die kantonalen Gesetze — wenn auch unter dem Namen des Domizils — von der „Niederlassung“ handeln, kommen dieselben für den Art. 59 nicht in Betracht.

§ 10. Die Begründung des Domizils.

I 46. Das Domizil wird begründet durch den hierauf gerichteten Willen, dem das äussere Verhalten entspricht. II 47. Die ausdrückliche, mündliche oder schriftliche Erklärung des Domizilwillens. Scheinerklärungen. III 48. Kundgebung des animus domicilii in konkludenten Handlungen. Im allgemeinen. IV 49. Der dauernde Aufenthalt. V 52. Das Wohnen. VI 53. Der Mittelpunkt des bürgerlichen Lebens und der Geschäftsthätigkeit. VII 55. Niederlassung und Aufenthalt: dieselben sind nur indirekt von Bedeutung. VIII 56. Schlussbetrachtung.

§ 11. Die Aufhebung des Domizils. S. 56.

Durch den Tod („forum hereditatis jacentis“), — durch freien Willen; dieser muss in entschiedener Weise kundgegeben sein. Die Beweislast trifft den, der die Aufhebung behauptet.

§ 12. Personen ohne Wohnsitz. S. 58.

Möglichkeit dieses Verhältnisses. Gruppen.

§ 13. Die Frage der mehrern Domizile.

I 59. Dieselbe wird von den römischen Juristen und der gemeinrechtlichen Doktrin bejaht, dagegen von der französischen Jurisprudenz verneint. II 60. Die Schweiz. Verwirrung in Folge der Verwechslung des allgemein-bürgerlichen Domizils mit dem öffentlich-rechtlichen Begriff der Niederlassung und den Spezialdomizilen am Ort des kaufmännischen Etablissements und der Zweigniederlassung. III 62. Die Möglichkeit eines mehrfachen allgemeinen Domizils ist zu verneinen.

§ 14. Das Domizil der juristischen Personen.

I 63. Auch die juristischen Personen können sich auf den Art. 59 berufen. Fiktion eines „Sitzes“ für dieselben. II 64. Der Ort des „Sitzes“. Gruppen. III 65. Wo ein natürlicher Konzentrationspunkt fehlt, ist der „Sitz“ von vornherein zu fixieren. Schweiz. Eisenbahngesetz Art. 8. Präsumtionen. IV 66. Das Firmadomizil der Kollektivgesellschaft. Gerichtsstand der Gesellschaftsmitglieder. Konkurs der Gesellschafter.

§ 15. Das gesetzliche oder nothwendige Domizil.

I 67. Das Domizil mancher Personen ist von vornherein durch das Gesetz bestimmt. Welche örtliche Rechtsnorm ist massgebend? II 68. Fälle des gesetzlichen Domizils bei handlungsunfähigen Personen. III 70. Solche bei handlungsfähigen Personen.

B. Spezialdomizile.

§ 16. Die Domizilerwählung.

I 71. Begriff derselben. Gültigkeit und Verbindlichkeit. Präjudizien. II 72. Die Bezeichnung eines Zahlungsdomizils in einem Wechsel gilt als Unterwerfung unter den Gerichtsstand des Zahlungsorts. „Walliser Reskriptionen.“

§ 17. Das Domizil für Handelssachen am Orte des Etablissements.

I 74. Nach modernem Handelsrecht und der bundesrechtlichen Praxis hat der Kaufmann am Orte seines Etablissements einen Spezialgerichtsstand für die mit diesem zusammenhängenden persönlichen Ansprachen. II 76. Mehrere Etablissements desselben Kaufmanns begründen mehrere solche Spezialgerichtsstände. Ebenso bei der Kollektivgesellschaft. III 78. Juristische Konstruktion dieses Spezialgerichtsstandes. Kritik der herrschenden Theorie, sowie der bundesrechtlichen Praxis.

§ 18. Das Spezialdomizil am Orte der Zweigniederlassung.

I 81. Einleitung. Begriff. II 82. Die bundesrechtliche Praxis ist für die Zulässigkeit dieses Spezialgerichtsstandes. Kritik derselben. III 83. Was ist zu einer Zweigniederlassung erforderlich? — gegenüber den blossen Hilfsanstalten des Etablissements und gegenüber dem selbstständigen Etablissement.

III. Kap. Zahlungsfähigkeit.

§ 19.

I 86. „Aufrechtstehend“ ist gleichbedeutend mit zahlungsfähig. II 87. In welchen Fällen ist Zahlungsunfähigkeit anzunehmen?

IV. Kap. Die persönlichen Ansprachen.

A. Im allgemeinen.

§ 20. Wörtliche Interpretation des Art. 59.

I 90. Unter „persönlichen Ansprachen“ sind nur Rechtsbegehren privatrechtlicher Natur zu verstehen. II 90. Es sind Ansprachen, welche von Anfang an gegen eine bestimmte Person gerichtet sind. III 91. Und zwar Rechtsbegehren regelmässig vermögensrechtlicher Natur.

§ 21. Die Doktrin, Charakter und Wesen der persönlichen Ansprachen.

I 92. Die persönlichen Ansprachen sind die gemeinrechtlichen actiones in personam. II 93. Deren wesentliche Eigenschaft ist die unmittelbare Richtung auf die Person des Verpflichteten, welche schon mit dem Gegebensein des die Ansprache begründenden Rechts vorliegt. III 94. Der Inhalt der persönlichen Ansprachen besteht in einem Thun des Verpflichteten, derjenige der unpersönlichen Ansprachen in einem Herrschafts- oder Autoritätsverhältnisse. IV 95. Gegenstand der persönlichen Ansprachen ist der Wille des Verpflichteten, in einzelnen Beziehungen; Gegenstand der unpersönlichen Ansprachen ist in der Regel eine Sache, ausnahmsweise die Feststellung eines der Allgemeinheit gegenüber geltenden Rechtsverhältnisses. V 96. Die persönlichen Ansprachen erschöpfen das ihnen zu Grunde liegende Recht, die unpersönlichen dagegen nicht. VI 96. Die persönlichen Rechte tragen einen relativen, die unpersönlichen einen absoluten Charakter. VII 96. Die persönlichen Ansprachen sind wesentlich die obligatorischen, die unpersönlichen die übrigen Klagen. cf. § 24 IV. V. VIII 97. Die actiones in rem scriptae sind persönliche Ansprachen. — Nebensächliche obligatorische Zusätze vermögen die unpersönliche Natur einer Klage nicht zu ändern. IX 98. Bei unklarer resp. unbestimmter Formulierung eines Rechtsbegehrens ist für die Natur der Klage die durch Interpretation festzustellende Intention des Klägers entscheidend.

B. Ansprachen kontroverser Natur aus den einzelnen Rechtsgruppen.

§ 22. Obligationenrecht.

I 99. Die Klagen aus obligatorischen Verträgen gehören in erster Linie zu den persönlichen Ansprachen. II 100. Die Ansprache auf Leistung einer Sache ist persönlich. III 100. Die Klagen aus dem Kaufvertrag. — Französisches Recht. IV 100. Die französisch-rechtliche Unterscheidung der Mobiliar- und Immobiliarklagen. V 103. Die obligatorischen Feststellungsklagen sind persönlich. — Provokationsbegehren. — Manifestationsklage. VI 104. Forderungen aus unerlaubten Handlungen sind persönliche Ansprachen, Strafanträge dagegen öffentlich-rechtlicher Natur. Verbindung beider, „Adhäsion.“ VII 105. Klagen aus Quasi-Verträgen, Quasidelikten und andern obligatorischen Rechts-

gründen. VIII 105. Ist im Begriff der persönlichen Ansprache ein pekuniäres Interesse vorausgesetzt? IX 106. Die Steueransprachen, mit Ausnahme der Grundsteuern, gelten nach der bundesrechtlichen Praxis als persönliche Ansprachen; nach richtiger Ansicht sind dieselben öffentlich-rechtlicher Natur und fallen nicht unter den Art. 59.

§ 23. Sachenrecht.

I 111. Die dinglichen Klagen zeigen am prägnantesten den Typus der unpersönlichen Ansprachen. II 111. Die Eigentumsklage, rei vindicatio. III 112. Obligatorische Zusätze bei dinglichen Klagen. IV 113. Die Eigentumsfreiheitsklage, actio negatoria. V 114. Die Servitutenklage, actio confessoria. VI 115. Die Klagen aus den gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen. VII 116. Die deutschrechtlichen Real-lasten. Die Klage auf die Reallast als Ganzes ist unpersönlich, diejenige auf die einzelne fällige Leistung persönlich. Ebenso die Gültenzinsforderung. Anderweitige mit einem Grundstücke dauernd verknüpfte Lasten, welche eine Verbindlichkeit des Besitzers zu wiederkehrenden Leistungen enthalten. VII 118. Die Grundsteuern fallen jedenfalls nicht unter den Art. 59, die rechtliche Natur derselben ist streitig. VIII 119. Die Theilungsklagen gelten in der Doktrin als persönliche Ansprachen; wir halten dieselben für unpersönlich. IX 120. Die Frage der Anwendbarkeit des Art. 59 auf Forderungen mit Pfand- oder Retentionsrechten. Wenn die Schuldklage allein angehoben wird, so ist Art. 59 jedenfalls anwendbar; wird bloss die Pfandklage angehoben, so greift derselbe jedenfalls nicht Platz. Die bundesrechtliche Praxis nimmt seit 1874 an, dass die Schuldklage verbunden mit der Pfandklage am Gerichtsstand der belegenen Sache angebracht werden dürfe; dies halten wir für unrichtig. X 125. Die Besitzesklagen sind keine persönliche Ansprachen im Sinne des Art. 59.

§ 24. Personen- und Familienrecht.

I 126. Charakter und Wesen der Familienrechte. II 126. Die Klagen aus dem Familienrecht gehören grösstentheils zu den unpersönlichen Ansprachen. III 127. Familienrechtliche Klagen öffentlich-rechtlicher Natur. IV 127. Vermögensrechtliche Klagen aus dem Familienrecht. Persönliche Ansprachen. V 128. Die Alimentationsklage ist eine persönliche Ansprache. Die Paternitätsklage qualifiziert sich als Statusklage; die Statusklagen (in Rom eine Gruppe der Präjudizialklagen) sind unpersönliche Ansprachen. Nach der bundesrechtlichen Praxis ist für die Paternitätsklage ausschliesslich das Gericht des Heimortes des Beklagten zuständig, und ist dasselbe, wenn die Alimentationsklage mit jener verbunden wird, auch für diese kompetent.

§ 25. Erbrecht.

I 131. Die eigentlichen erbrechtlichen Klagen sind ohne Ausnahme unpersönlicher Natur. Abgesehen vom Konkordat vom J. 1822 sind die Kantone vermöge ihrer Souveränität berechtigt, über den auf ihrem

Gebiet gelegenen beweglichen und unbeweglichen Nachlass eines Verstorbenen eine Separaterbfolge zu bilden. Staatsverträge mit dem Auslande. II 133. Nicht erbrechtlich sind die nicht auf Grund von Erbrecht gestellten Ansprüche der Erben gegen dritte Personen und umgekehrt, ebensowenig Rechtsbegehren, welche vor Eintritt des Erbfalles zum Schutze des Erbrechtes gestellt werden. III 135. Die erbrechtlichen Klagen. Intestaterbrecht: Erbschaftsklage, *hereditatis petitio*, d. h. die Vindikation der Erbschaft als Sachgesammtheit oder einzelner Erbschaftssachen gegenüber dem possessor pro herede oder pro possessore. Streitigkeiten unter Miterben über die Personen der Berufenen, Theilungsmodus und Erbquoten. Erbtheilungsklage, *actio familiae erciscundae*, auf Auseinandersetzung des Nachlasses zwischen den Miterben. Anspruch auf Collation gegen einen Miterben. Erbrechtliche Ansprüche des überlebenden Ehegatten. Testamentarische Erbfolge; Testamentsanfechtungsklage etc. Die *actio legati* ist persönlich.

V. Kap. Das Arrestverbot in Art. 59.

§ 26. Bundeswidrige Arreste.

I 138. Historisches. Gegner des Arrestverbotes. Gründe für dasselbe. Gegenüber rechtskräftigen Civilurtheilen schweizerischer und französischer Gerichte besteht das Arrestverbot nicht. II 141. Das Arrestverbot bezieht sich nur auf Arreste ausser dem Kanton, in welchem der Schuldner wohnt, gilt ferner nur gegenüber dem zahlungsfähigen und in der Schweiz domizilirten Schuldner, und nur für persönliche Ansprachen; aber nicht für die mit Pfand- oder Retentionsrechten ausgerüsteten Forderungen; Arreste für öffentlichrechtliche Ansprachen. III 143. Begriff des Arrestes; vorsorgliche Massnahmen zur Sicherung des bestehenden Zustandes gehören nicht hieher.

§ 27. Vorenthaltung der Ausweisschriften. S. 143.

Entwicklungsgang der Praxis. Heute steht fest, dass Ausweisschriften wegen privatrechtlicher Ansprachen nicht vorenthalten werden können, weder von Behörden noch von Privaten.

VI. Kap. Ueber die Zulässigkeit anderer Gerichtsstände als desjenigen des Wohnortes.

§ 28. 1) Der vereinbarte Gerichtsstand. (*forum prorogatum*.)

I 147. Dieser Gerichtsstand ist zulässig. II 147. Erfordernisse der Prorogation. Auf Seiten des Gerichts: „Jurisdiktion in der Sache“, auf Seiten der Parteien: Consens. III 148. Die Prorogation durch konkludente Handlungen: 1) keine Prorogation durch Nichterscheinen vor dem inkompetenten Richter oder Unterlassung der kantonalen Rechtsmittel gegen seine Dekrete; 2) ebensowenig durch stillschweigende Annahme einzelner Betreibungsakte, Auswirkung von Rechtsvorschlag resp. Versäumung desselben, wol aber bei Stillschweigen während des succes-

siven Rechtstriebverfahrens; 3) keine Prorogation durch Annahme einer Vorladung vor den inkompetenten Richter; 4) ebensowenig durch Erscheinen vor demselben zum Zwecke der Kompetenzbestreitung. Analoge Anträge. Zusatzanträge; 5) ebensowenig durch Einwilligung zu einem Sequester, vor dem inkompetenten Richter; 6) dagegen Prorogation, wenn der Kompetenzstreit dem angeblich inkompetenten Richter zur Entscheidung vorgelegt wurde. 7) Prorogation durch materielle „Einlassung“ im Prozess. 8) Prorogation durch „Einlassung“ vor Friedensrichteramt? 9) Bei einem in den einzelnen Schritten sich widersprechenden Verhalten des Beklagten ist Prorogation anzunehmen.

§ 29. 2) Der heimatliche Gerichtsstand. (forum originis.) S. 153.

Das forum originis als allgemeiner Gerichtsstand im römischen Recht. Im schweizerischen Recht gilt dasselbe in der Regel nur für unpersönliche Ansprachen und ist insofern statthaft. Die Konkordate „Ueber vormundschaftliche und Bevogtigungsverhältnisse“ und „Ueber Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse.“

§ 30. 3) Der Gerichtsstand vertraglicher Verbindlichkeiten. (forum contractus.)

I 155. Konstruktion. Dieser Gerichtsstand ist durch den Art. 59, jedenfalls für interkantonale Rechtsstreitigkeiten, ausgeschlossen. Modifikation im St. Vertr. m. Frankreich. II 157. Das forum contr. im ältern schweiz. Recht. Vorschläge zur Wiederaufnahme desselben.

§ 31. 4) Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, im strafprozessualischen und zivilprozessualischen Sinn. (forum delicti commissi).

I 158. Das for. del. comm. im strafproz. Sinn wird vom Art. 59 nicht berührt. II 159. Die Ehrverletzungsklagen. Wenn der gestellte Antrag nicht eine auf eine persönliche Leistung gerichtete Zivilklage ist, so bleibt das for. del. comm. zulässig. III 161. Das for. del. comm. im civilproz. Sinn ist mit dem Art. 59 nicht vereinbar. Dasselbe ist aber für Klagen wegen Verletzung des geistigen Eigenthums festgesetzt in den St. Vertr. m. Frankreich, v. J. 1864, mit Belgien, Italien, dem Nordd. Bund, Bayern, Württemberg und Hessen.

§ 32. 5) Der Gerichtsstand des sachlichen Zusammenhanges, — der Adhäsion. (forum connexitatis materialis, — adhäsionis.)

I 162. Für persönliche Ansprachen, welche mit einer unpersönlichen konnex sind, und zu dieser im Verhältniss der blossen Nebensache stehen, gilt die Garantie des Art. 59 nicht. II 164. Einzelne Fälle. Nach der Praxis kann die Alimentationsklage zugleich mit der Vaterschaftsklage am Forum dieser letztern angebracht werden. Kritik. III 165. Der Art. 59 steht dem forum adhaesionis, wornach die anhangsweise Geltendmachung konnexer nebensächlicher Civilansprüche vor dem Strafrichter gestattet wird, nicht entgegen.

§ 33. 6) Der Gerichtsstand der Widerklage. (forum reconventionis.)

I 167. Nach der bundesrechtlichen Praxis gilt der Gerichtsstand

der Widerklage als zulässig. Kritik. II 169. Erfordernisse. 1) auf Seiten des Gerichts: Jurisdiktion in der Sache; 2) hinsichtlich der Ansprache verlangt die Praxis sachlichen Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage; 3) Anhängigkeit einer Vorklage.

§ 34. 7) **Der Gerichtsstand der belegenen Sache.** (forum rei sitae.) S. 170.

Das forum rei sitae ist zweifellos statthaft.

§ 35. 8) **Der Gerichtsstand des Arrestes.** (forum arresti.) S. 171.

Dieser Gerichtsstand ist gegenüber zahlungsfähigen, in der Schweiz domizilirten Schuldern für persönliche Ansprachen unzulässig, im übrigen zulässig.

§ 36. 9) **Der Gerichtsstand der Provokation.** (forum provocationis.) S. 172.

Die bundesrechtliche Praxis erklärt diesen Gerichtsstand für zulässig.

§ 37. 10) **Der Gerichtsstand der Prävention.** S. 174.

Derselbe ist offenbar unzulässig.

§ 38. 11) **Passivstreitgenossenschaft und Streitverkündung.**

I 174. Wenn bei konnexen persönlichen Ansprachen die mehreren Beklagten in verschiedenen Kantonen wohnen, so verbietet der Art. 59, dieselben vor dem gleichen Richter zu belangen. II 175. Die Streitverkündung vor einen Richter ausser dem Wohnsitzkanton des Litisdenunzianten darf nicht mit irgend welchem Zwang verbunden werden, und die Rechtsstellung des letztern darf nicht zum Gegenstand des Prozesses gemacht werden. III 176. Vorschläge von Delapalud und Munzinger, den Art. 59 in dieser Hinsicht einzuschränken.

§ 39. 12) **Der Gerichtsstand des Konkurses.**

I 177. Der Konkurs findet am Wohnsitze des Schuldners statt. Umfang dieses Gerichtsstandes. II 178. Die bundesrechtliche Praxis nimmt beim Handelsetablisement die Zulässigkeit eines separaten Firmakonkurses am Sitz des Etablissements an, getrennt von dem am persönlichen Wohnsitz des Etablissementsinhabers abzuhaltenden Konkurs. Kritik. Konkurs der Kollektivgesellschaft. III 182. Die Konkordate „über Konkursrecht in Fallimentsfällen“ und „über die Effekten eines Falliten, die als Pfand in Kreditors Händen in einem andern Kantone liegen.“ Staatsverträge.

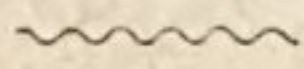
VII. Kap. Das Verbot des Schuldverhafts.

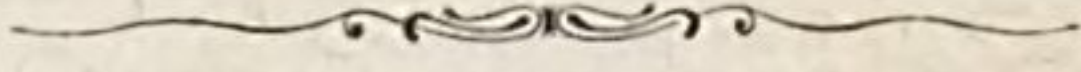
§ 40. S. 184.

Begriff des Schuldverhafts, Unterscheidung vom Strafverhaft. Geldbussen können in Verhaft umgewandelt werden, nicht aber Gerichtskostenforderungen.

Schlussbetrachtung. S. 187.

Thesen.



1. Der deutschrechtliche Begriff des Gesamteigenthums ist logisch unhaltbar und praktisch entbehrlich.
 2. Die sog. „Gratifikationstheorie“, welche bei erfolgtem Konkurse die Anfechtbarkeit fälliger Zahlungen des Schuldners annimmt, ist unrichtig.
 3. Die den Inhaberpapieren beigegebenen Zinscoupons sind nicht zu verzinsen.
 4. Die Rückforderungsklage des im zürch. Rechtsöffnungsverfahren unterlegenen Schuldners ist eine *condictio causa data causa finita*.
 5. Die Unterschlagung, mit Ausnahme der von nahen Verwandten begangenen, sollte von Amtswegen verfolgt werden.
 6. Steuern sind keine persönliche Ansprachen im Sinne des Art. 59 der Bundes-Verfassung und Steuerdekrete keine rechtskräftige Civilurtheile im Sinne von Art. 61 der Bundes-Verfassung.
 7. Die grundsätzlich richtige Lösung der kirchlichen Frage ist die Trennung von Staat und Kirche.
 8. Die „sozialen Fragen“ sind für die Rechtswissenschaft von hohem Interesse und daher von derselben in den Bereich ihrer Untersuchung zu ziehen.
- 

Schoch, Albert,

Artikel 59 der Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 betreffend den
Schutz des Schuldners beim Richter seines Wohnortes Inaug. Diss. der Univ.
Zürich

Hottingen-Zürich 1882

J.pract. 269 w

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11634286-1